

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 43/2006

Santiago, siete de septiembre de dos mil seis.

VISTOS:

1. A fojas 1, el **Fiscal Nacional Económico** (en adelante FNE o Fiscalía) dedujo requerimiento en contra de las empresas AIR LIQUIDE CHILE S.A. (en adelante Air Liquide o AL), INDURA S.A. (Indura); AGA S.A. (AGA) y PRAXAIR CHILE LIMITADA (Praxair), fundamentando su acción en que dichas empresas incurrieron en actuaciones concertadas con el propósito de restringir la competencia y de discriminar a sus clientes, particularmente los hospitales públicos, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211 (en adelante DL 211). Los siguientes son los principales antecedentes y alegaciones contenidos en el referido requerimiento de la FNE:

1.1. Las requeridas son las únicas empresas que desarrollan en Chile la actividad de producción, distribución y comercialización de oxígeno líquido y gaseoso, fundamentalmente para uso medicinal e industrial. El mercado relevante en el que actúan estas empresas es, desde el punto de vista del producto, el del oxígeno de alta pureza, líquido y gaseoso. El producto que elaboran todas las empresas es absolutamente homogéneo. El territorio en el que distribuyen y comercializan su producto es el nacional, determinado, para el caso de los hospitales, por la red de establecimientos del Sistema de Salud Público.

1.2. La participación de las empresas en el mercado relevante, estimado en US\$ 95 millones al año 2003, es la siguiente:

EMPRESA	VENTAS GASES INDUSTRIALES	EMPRESA INTERNACIONAL RELACIONADA
Indura*	45	BOC Group
AGA*	27	Linde A.G.
Air Liquide	13	Air Liquide
Praxair	10	Praxair
TOTAL	95	

(*) Concentran alrededor del 75% del mercado.

Las empresas requeridas concentran la totalidad de la oferta en el caso del mercado del Sistema de Salud Público.

1.3. La FNE no percibe barreras a la entrada por el lado de la oferta, como no sean las inversiones en plantas localizadas en sectores próximos a grandes demandantes. Sin embargo, la propiedad de los estanques de almacenamiento de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

oxígeno líquido por parte de la empresa abastecedora, puede considerarse una barrera a la entrada de competidores, así como una barrera al cambio de proveedor para los hospitales.

1.4. Las conductas imputadas a las requeridas son las siguientes:

a) Reparto de mercado:

Al menos hasta el año 2004, este reparto se habría concretado por medio de una práctica concertada en virtud de la cual las empresas requeridas no competían por disputarse los clientes del mercado, compuesto por hospitales públicos, por lo que no hay movilidad ni rotación de proveedores. Los hospitales públicos permanecieron, en promedio, 5 años y medio con el mismo proveedor. Los que tienen contratos anuales lo hicieron, en promedio, 6 años con el mismo proveedor y, los que tienen contratos indefinidos, un promedio de casi 9 años y medio.

Lo anterior, en circunstancias que otros oferentes, para una similar localización y volumen de compra, han vendido el mismo producto a otros hospitales, a precios muy distintos.

Así, según la FNE, puede observarse una gran dispersión de precios, sin que se observe una relación entre éstos y las cantidades consumidas, o entre el precio y las distancias desde los centros de abastecimiento hasta los hospitales.

En el pasado, en el momento de renovar contratos, los hospitales, si es que llegaban a cotizar, recibían respuestas del resto de las empresas proveedoras levemente mejores a la cotización vigente, pero éstas eran mejoradas por la empresa cuyo contrato estaba por vencer, lo que evidencia, en concepto de la FNE, un pacto de no agresión.

En definitiva, la FNE considera que el hecho que los hospitales no dirijan sus compras a los proveedores que cuentan con precios más bajos es el más claro indicador de reparto de mercado bajo la forma de un pacto para no disputar a los clientes actuales. La forma en la que se cumpliría dicho acuerdo sería la negativa de venta por parte de cada requerida, ante la solicitud de un hospital que pertenece a la nómina de clientes de algún competidor, lo que es facilitado por la propiedad que detenta cada proveedor respecto de los estanques de almacenamiento, lo que implica el dominio sobre una instalación esencial. Así, todas y cada una de las empresas tienen poder de mercado para fijar precios y discriminar clientes, porque se lo han otorgado sucesiva y recíprocamente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

b) Acción concertada para eliminar o restringir la libre competencia, en el proceso de licitación de CENABAST para la provisión de oxígeno líquido al Sistema de Salud Pública, del año 2004:

Previo a la elaboración de las bases administrativas y técnicas para la contratación de dicho suministro, este servicio encargó a la empresa consultora Diseño y Gestión Consultores Ltda. un estudio de mercado y el diseño de un modelo de licitación.

El propósito central de la licitación era desincentivar comportamientos concertados por parte de las requeridas. Se definió por ello un número de zonas inferior al de empresas participantes, y que una de dichas zonas concentrara la mayor parte de la demanda posible, estableciendo un contrato a largo plazo. Esta zona debía ser desequilibrante, en relación con todas las otras componentes de la licitación.

Las cuatro empresas requeridas presentaron ofertas económicas, en los siguientes términos:

Ofertas Económicas (\$/m³)

	AGA	INDURA	PRAXAIR	AIR LIQUIDE
Zona Centro Extendida	541	555	495	560
Zona Norte	599		615	568
Zona Sur	609	587	630	

Fuente: Acta de remate para la adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST), en requerimiento de FNE, fojas 11.

Luego de abiertas las ofertas económicas se seleccionó a las tres empresas que ofrecieron los precios más bajos:

Ofertas Económicas (\$/m³)

	AGA	INDURA	PRAXAIR	AIR LIQUIDE
Zona Centro Extendida	541	555	495	—
Zona Norte	599		615	568
Zona Sur	609	587	630	—

Fuente: Acta de remate para la adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST), en requerimiento de FNE, fojas 11.

La diferencia entre la zona más alta y más baja fue de un 10,8% para la Zona Centro, de 7,6% para la Zona Norte y de 6,8% para la Zona Sur.

A continuación se realizó un remate a la inversa (a la baja) entre los oferentes seleccionados.

De acuerdo a las bases, CENABAST debía preguntar en primer término al licitante que ofreció el valor más alto si podía realizar una oferta \$10 por debajo de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

menor oferta seleccionada, y luego preguntar lo mismo al oferente con el segundo mayor valor, en caso de declinación del primero, o si ofrecía \$10 por debajo de la oferta anterior, y así sucesivamente.

De este modo, para la Zona Centro Extendida, Indura ofertó \$485/m³, esto es, \$10 por debajo del valor más bajo ofrecido por Praxair (\$495/m³); consultada AGA, declinó; consultada Praxair, ofertó \$475/m³; consultada nuevamente Indura, ofertó \$465/m³. Finalmente, Praxair declinó realizar una oferta mejor, quedando como mejor oferente Indura con \$465/m³.

Este mismo proceso se repitió en la Zona Norte, quedando como mejor oferente Air Liquide, con \$548/m³, y luego en la Zona Sur, quedando como mejor oferente Indura con \$547/m³.

Cenabast había registrado en una Notaría precios de referencia para cada una de las zonas, los que se consignan en el siguiente cuadro:

(\$/m³)

	Precios de referencia	Mejor Precio ofertado	Diferencia (%)
Zona Centro Extendida	301	465	54,5
Zona Norte	334	548	64,1
Zona Sur	334	547	63,8

Fuente: Acta de remate para la adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST), en requerimiento de FNE, fojas 12.

Se preguntó a las empresas si estaban en condiciones de igualar los precios de referencia, incorporándose en esta etapa a aquellas que habían declinado en el remate.

Praxair, que había declinado en el remate a la baja mejorar la oferta de Indura por \$465/m³, señaló que igualaba el precio de \$301/m³.

Se procedió de la misma forma en las Zonas Sur y Norte.

En la Zona Norte, Air Liquide, que fue consultada en primer lugar y que llegó con un valor de \$548/m³, aceptó de inmediato igualar el precio de referencia de \$334/m³.

En la Zona Sur, Indura, que fue consultada en primer lugar y que llegó con un valor de \$547/m³, aceptó de inmediato igualar el precio de referencia de \$334/m³.

Así las cosas, Cenabast adjudicó de la siguiente forma la licitación:

(\$/m³)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

	Empresa Ganadora	Precio
Zona Centro Extendida	Praxair	301
Zona Norte	Air Liquide	334
Zona Sur	Indura	334

Fuente: Acta de remate para la adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST), en requerimiento de FNE, fojas 13.

La FNE sostiene que el fracaso en la primera fase de la licitación demostraba el interés de las empresas por mantener sus contratos vigentes. Sin embargo, el hecho que Praxair, que había declinado mejorar la oferta de Indura por \$465/m³, haya aceptado igualar el precio de referencia de \$301/m³ en la Zona Centro Extendida fue un rompimiento del acuerdo de actuar en paralelo, lo que implicó que las otras empresa adjudicatarias aceptaran igualar de inmediato los precios de referencia en las otras dos zonas.

El Estado logró mediante la licitación en cuestión acercar los precios a los de competencia y ahorrar al fisco 1.500 millones de pesos al año.

Este ahorro deja al descubierto para la FNE que las empresas obtuvieron, en los 4 años anteriores de la licitación, en conjunto, rentas sobrenormales por concepto de venta de oxígeno líquido a hospitales públicos equivalentes a más de 10.000 Unidades Tributarias anuales (según valor de la UTM para el período 2001—2004), considerando en el cálculo las ventas a los diez principales clientes hospitales, en los casos de las empresas Air Liquide, Indura y AGA.

1.5. En conclusión, la FNE sostiene que, a lo menos en el periodo 2001—2004, las requeridas incurrieron en una acción concertada anticompetitiva consistente en un reparto ideal o de cuotas de mercado.

Lo ocurrido en el mercado chileno, además, reproduce lo ocurrido en mercados como el argentino. De hecho, en ese país se sancionó a las requeridas por concertar precios, repartirse clientes y coordinar o concertar posturas en los procedimientos de contratación en el mercado del oxígeno medicinal.

1.6. Todo lo reseñado implica para la FNE una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 (DL 211), en especial en lo dispuesto en la letra a) de la citada norma, ejerciendo abusivamente el poder de mercado que detenta cada requerida sobre sus clientes, producto de la concertación descrita, fijando precios arbitrariamente y discriminando a los demandantes del mercado con el objeto de obtener beneficios extraordinarios.

1.7. Casos denunciados por la Fiscalía Nacional Económica:

1.7.1. Primera acusación: reparto de mercado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- a. En el año 2002, el Hospital de Ovalle habría comprado a Indura 59.000 m³ de oxígeno líquido a \$908/m³; mientras que el Hospital de La Serena compró a AGA la misma cantidad a \$483/m³.
- b. En el año 2002, el Hospital de Talagante compró a Air Liquide 39.800 m³ de oxígeno líquido a \$647/m³; mientras que el Hospital de San José de Maipo compró a Indura la misma cantidad a \$379/m³.
- c. En el año 2002, el Hospital de Llay—Llay compró a AGA 6.200 m³ de oxígeno gaseoso a \$2.346/m³; mientras que, en la misma región, el Hospital de Quilpué compró a Air Liquide 5.400 m³ a \$1.099/m³.
- d. El Hospital Félix Bulnes compró a Praxair 23.000 m³ de oxígeno gaseoso a \$1.500/m³; en circunstancias que el Hospital de Peñaflores compró a Indura 21.000 m³ a \$750/m³.

1.7.2. Segunda acusación: determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria.

- a. En 2002 AGA le vendió 18.400 m³ de oxígeno líquido al Instituto del Cáncer a un precio de \$680/m³, en circunstancias que cobró sólo \$447/m³, para un volumen similar, al Hospital San Luis de Buin.
- b. Air Liquide vendió 31.000 m³ de oxígeno líquido al Hospital de Melipilla, a \$701/m³, y 29.500 m³ al Hospital El Pino (Santiago) a \$489/m³.
- c. Indura vendió 46.000 m³ de oxígeno líquido al Hospital Dr. Eduardo Pereira, de Valparaíso, a \$639/m³, y 39.500 m³ al Hospital San José de Maipo a \$379/m³.
- d. En 2002, Indura vendió 4.500 m³ de oxígeno gaseoso al Hospital de Constitución, a \$1.312/m³; en circunstancias que por una venta al Hospital de Linares de sólo 3.400 m³, cobró \$695/m³.
- e. Air Liquide vendió al Hospital de Tomé 8.200 m³ de oxígeno gaseoso a un precio unitario de \$1.773; y al Hospital Las Higueras de Talcahuano, 6.500 m³ a un precio de \$1.071/m³.
- f. AGA vendió 7.000 m³ de oxígeno gaseoso al Hospital de Lota a \$1.752/m³, y 7.300 m³ al Hospital de Los Ángeles, a un precio de \$1.116/m³.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.7.3. Tercera acusación: los hospitales enfrentan precios muy por encima de lo que pagan otros clientes con niveles de consumo similares.

- a. Air Liquide vendió en 2003, 100.930 m³ de oxígeno líquido al Hospital Roberto del Río, a un precio promedio de \$433/m³. En el mismo año, vendió 97.073 m³ de oxígeno líquido a Minera Meridian Ltda. a un precio de \$189/m³.
- b. Indura vendió en 2003, 50.609 m³ de oxígeno gaseoso al Hospital Regional de Rancagua, a un precio promedio de \$1.033/m³. En el mismo año, vendió 47.812 m³ de oxígeno gaseoso a Edyce S.A. a un precio de \$470/m³.

1.8. La FNE solicita a este Tribunal declarar:

- a. Que las requeridas han incurrido en conducta anticompetitiva, consistente en actuar concertadamente para eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en este mercado del oxígeno, por la vía del reparto de mercado.
- b. Que en virtud de tal acuerdo, las requeridas han ejercido abusivamente el poder de mercado logrado, mediante la determinación anticompetitiva de precios excesivos y la discriminación por precios; todo lo anterior, en especial perjuicio de los establecimientos hospitalarios del Sistema de Salud Público.
- c. Que han actuado concertadamente frente a una licitación, en perjuicio de los hospitales públicos del país.
- d. Que se les prevenga en orden a cesar en estas conductas en el futuro, bajo el apercibimiento de considerárseles reincidentes en ellas.
- e. Que se condene a cada requerida al pago de una multa de 3.300 Unidades Tributarias Anuales (UTA), con la sola excepción de la empresa Praxair, que en virtud de su conducta en la licitación descrita, amerita la multa de 2.000 UTA, o las sumas que el Tribunal determine, y al pago de las costas de la causa;

2. A fojas 97 y siguientes **Praxair** evacuó el traslado del requerimiento. A continuación se presenta una síntesis de sus alegaciones y argumentos:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.1. Praxair es una empresa entrante en este mercado que comenzó comercializando oxígeno en forma esporádica en 1998 y que cuenta con una planta criogénica de producción de gases atmosféricos desde el año 2000. El radio de influencia de su comercialización se extiende a la región central del país. En el período cubierto por el requerimiento, previamente a la licitación de Cenabast, Praxair contaba con aproximadamente un 4% del mercado del oxígeno medicinal del país. Después de la licitación de Cenabast la participación de esta empresa ha pasado a ser de un 6% del mercado nacional de oxígeno y un 85,2% para el segmento medicinal público líquido.

2.2 El oxígeno se suministra a través de gasoductos para el caso de industrias que requieren grandes volúmenes. Para hospitales, clínicas e industrias que demandan suministros medios se provee en forma líquida, transportándose a bajísimas temperaturas en camiones dotados de tanques criogénicos similares a los fijos instalados en los sitios de los clientes, los que, a su vez, se conectan a redes que llevan el oxígeno a su destino final, luego de ser transformado mediante vaporizadores. El costo de los tanques instalados en dependencias de los clientes oscila entre US\$ 20.000 y US\$ 120.000. Además, se requiere la instalación *in situ* de elementos adicionales como paneles de control de presión, cañerías que regulan la vaporización, válvulas de seguridad etc.

Los tanques en los hospitales y sus evaporadores están dimensionados de forma que tengan la capacidad de cubrir las demandas de oxígeno del establecimiento de salud en el peor día de emergencia o crisis sanitaria. El stock de seguridad que deben mantener estos estanques es superior a los requeridos en el sector industrial, y demanda recargas y sus correspondientes fletes con mayor frecuencia. Además, los estanques están provistos de un abastecimiento de emergencia, paneles de alarma y monitoreo de flujo y sistemas de doble regulación de presión. Todo depende de las particulares necesidades del cliente y se añade al costo mismo del oxígeno.

A los minoristas se les abastece mediante cilindros de alta presión, en forma gaseosa y comprimida cuyo costo de adquisición es de aproximadamente US\$150. Por cada cilindro, especialmente en el sector medicinal, el proveedor debe mantener tres cilindros de respaldo. El mayor precio del producto así distribuido responde al carácter de negocio minorista, a sus mayores costos, a la incertidumbre y riesgo envueltos en el hecho de que se trate de un suministro en general exento de contratos escritos, continuidad y certeza.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.3. Como características relevantes de la industria del oxígeno, Praxair menciona las siguientes:

- a. La calidad, continuidad (asistencia técnica las 24 horas) y confiabilidad del suministro constituyen un elemento esencial de la provisión de oxígeno, lo que se agudiza en el área medicinal. Por ello, el oxígeno criogénico es un producto que no puede ser vendido a industrias u hospitales en calidad de “*commodity*”.
- b. La volatilidad del oxígeno (re—evaporación continua del gas) impide su almacenamiento en plantas a largo plazo. Por esto, a mayor el plazo de suministro contratado con el cliente, mayor es la certeza con la que el proveedor maneja su inventario y menores son los costos relacionados. Es una industria caracterizada por las economías estocásticas de demanda.
- c. Costos de transporte y volatilidad del oxígeno. La distancia y los tiempos de viaje ocasionan mermas relevantes en el producto. En el sector medicinal el transporte se realiza en camiones pequeños, apropiados para el desplazamiento en sectores urbanos y las instalaciones hospitalarias, por lo que el costo de transporte es relevante para la formación del precio del oxígeno. La distancia del cliente de la planta productora cobra, así, bastante relevancia. Por esta razón, la provisión a distancias superiores a 300 o 400 kilómetros es dificultosa, requiriéndose volúmenes mayores para resultar económicamente viable. El transporte del oxígeno envasado en cilindros debe realizarse cumpliendo con los estándares propios del transporte de cargas peligrosas y en camiones exclusivos.
- d. La duración de las relaciones de suministro es relevante. Lo es para el cliente por consideraciones de continuidad y confiabilidad del suministro que requiere, y para el proveedor, por cuanto le permite establecer una adecuada previsión de sus necesidades de reproducción, inventario, transporte y venta, eliminar el costo de oportunidad y optimizar sus precios. Así se recoge en las bases de la licitación de Cenabast, que prevee contratos de suministro por cinco años.
- e. Capacidad y continuidad en la producción.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- f. Tipos de oxígeno ofrecidos en el mercado. Estos son, en el caso de Praxair: Gaseoso gasoducto, líquido calidad industrial, líquido y servicio calidad medicinal, líquido y servicio de mezcla de aire, gaseoso calidad industrial, gaseoso y servicio calidad medicinal, y extrapuro.

2.4. Praxair sostiene que, para determinar el mercado relevante del producto, debe considerarse que el mercado industrial del oxígeno y el mercado medicinal del oxígeno son distintos, por consideraciones de pureza, de clasificación de éste último producto como “farmacéutico” por la autoridad competente, y por la existencia de normas de pureza —que en Chile es la Nch N° 2168— y de estándares exigibles a las instalaciones de gases medicinales (Nch N° 2196). Además, debe tenerse en cuenta los servicios anexos que deben prestarse en el suministro de oxígeno a centros de salud, etc. El uso de ambos tipos de oxígenos y su precio, por lo demás, son distintos. Para Praxair también son diferentes los mercados de provisión por gasoducto, a granel y en cilindros, porque satisfacen necesidades diferentes, se destinan a usos diversos y responden a volúmenes distintos. Todas estas precisiones desvirtúan la definición de mercado relevante realizada por la FNE en su requerimiento y explican las diferencias de precios y comerciales en los distintos mercados.

Como sustitutos del oxígeno criogénico, Praxair menciona el oxígeno producido mediante técnicas de adsorción, la tecnología “*pressure swing adsorption*” o “PSA” y la tecnología “*vacuum pressure swing adsorption*” o “VPSA” que permiten la instalación *in situ* de una infraestructura sustancialmente menos costosa para la provisión de oxígeno al cliente.

Dicho lo anterior, Praxair asume que los mercados relevantes que han de considerarse en esta causa son los del oxígeno criogénico, y no éstos sumados a otros producidos por otros mecanismos técnicos. Las conclusiones aplicables al mercado así delimitado, con mayor razón lo serán para mercados que se consideran sustitutos.

Además, por todo lo expuesto, Praxair considera que el mercado del producto del oxígeno debe incluir la prestación de servicios vinculados, que varían caso a caso, y el desarrollo de las tecnologías pertinentes al suministro, que también son mutables.

2.5. En cuanto al mercado geográfico, Praxair cree que en este caso es regional, debido a la dificultad de que una planta surta a clientes situados en un radio superior a 300 ó 400 kilómetros.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.6. Praxair considera que son características estructurales de los mercados del oxígeno, para efectos de un análisis de competencia, las siguientes:

2.6.1. Concentración y tamaño de las empresas.

- a. El mercado se encuentra servido en Chile por cuatro oferentes, que son las empresas requeridas. Lo anterior porque es un mercado intensivo en investigación y desarrollo, muy tecnologizado y muy importante en inversiones.
- b. Se caracteriza por importantes retornos crecientes a escala.
- c. Existen economías de ámbito, dadas por la producción conjunta de diversos gases atmosféricos.
- d. Existen relevantes economías de escala estocásticas, involucradas en el más eficiente manejo e inventarios y menores riesgos de fallas y discontinuidad en el suministro si existe una adecuada previsión de la producción de oxígeno.

Lo anterior explica la existencia de un grupo pequeño de firmas de gran tamaño en este mercado.

2.6.2. Ausencia de barreras relevantes de entrada.

Existen los costos de entrada inherentes a la actividad. Por esto, Praxair no cree sostenible en el tiempo la existencia de rentas sobrenormales, toda vez que estimularían la entrada de nuevos competidores por la vía de la construcción de plantas, la instalación de sistemas de producción de oxígeno alternativos o por la vía de aprovechar márgenes excedentarios a través de la compra de *stock* existente y su posterior reventa.

2.7 En lo que respecta a la demanda, Praxair expresa que los demandantes son, por un lado, numerosas empresas industriales (mercado industrial) y, por el otro, clínicas y hospitales públicos y privados (mercado medicinal). Dado el tamaño de los demandantes, su carácter profesional y experto, la importante capacidad de producción de los oferentes y la necesidad de colocar esa producción, y atendido el pequeño tamaño del mercado chileno, Praxair opina que los clientes gozan de una importante capacidad de negociación.

2.8 Praxair considera también que el producto oxígeno, especialmente el medicinal, no es homogéneo como sostiene la FNE, toda vez que se compite en:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

i) la modalidad de comercialización, ii) los servicios conexos al suministro del oxígeno y iii) las inversiones involucradas que oscilan entre cliente y cliente. Todo esto explica en parte la dispersión de precios observada en el mercado.

2.9. La dispersión de precios observada por la FNE en el mercado de oxígeno es explicada por Praxair a partir de los siguientes factores: i) tipo y calidad del producto vendido (industrial y medicinal a distintos mercados), ii) la modalidad de comercialización, iii) existencia y nivel de inversión en tanques y otras instalaciones, iv) los servicios anexos, v) la necesidad de someterlo a certificación técnica, vi) la demanda de flete y la periodicidad de éste, vii) el volumen vendido, viii) la existencia de contrato que otorgue certeza a la relación oferente—cliente, ix) la duración del respectivo contrato, x) la periodicidad del contrato, xi) la fecha de celebración del mismo, xii) la existencia de cláusulas de reajustabilidad en esos contratos, xiii) la distancia del cliente en relación con la ubicación de la planta, xiv) la disponibilidad del producto al tiempo de la demanda, xv) las condiciones de pago del cliente, xvi) los riesgos crediticios que presente, xvii) la presencia o ausencia de estrategias de marketing (descuentos en consideración a las características del cliente) y, xviii) la capacidad de negociación de cada cliente.

Praxair opina que lo esperable en una hipótesis de colusión es que los precios se homogenizaran al alza, de manera de permitir a la totalidad de los oferentes la obtención del máximo de rentabilidad posible.

2.10. Respecto de la escasa movilidad de clientes, Praxair señala que en mercados de prestación de servicios a consumidores finales, como es éste, suelen ser comunes las relaciones de relativa larga duración (5, 6 ó 9 años en este caso). Además, es un mercado tecnologizado con alta inversión *in situ*, de suministro continuo e ininterrumpido que requiere amortizar inversiones (v.gr. un tanque inmovilizado) de los oferentes, y cuyas relaciones comerciales procuran el beneficio bilateral de aislar el precio de los vaivenes del mercado. Por otra parte, el proveedor originario de un cliente está en mejores condiciones de renovar su contrato con éste, al conocer mejor sus requerimientos y la posibilidad de ofrecer descuentos una vez amortizada la inversión inicial en la instalación *in situ*. Además, se evita la duplicación de instalaciones conservando al mismo proveedor.

2.11. Seguidamente, Praxair enumera las características especiales e imperfecciones históricas del mercado relevante medicinal, especialmente en su segmento público. Estas son: i) el alto valor entregado a la seguridad e

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ininterrumpibilidad; ii) la calidad de contratos *intuitu personae* entre proveedores y clientes, lo que entrega ventajas al proveedor preexistente para mantener o renovar la relación comercial; iii) los productos y servicios son entregados *ad hoc* para cada hospital, atendida su especialidad, tamaño y requerimientos específicos; iv) diferencias entre hospitales, como modalidad contractual que solicitan, morosidad histórica (un número importante de hospitales públicos son “malos pagadores”), distancia de la planta, etc.; v) carácter forzoso de la continuidad de la relación por los bienes jurídicos y éticos involucrados (lo que impide “castigar” a los morosos con la suspensión del suministro); vi) opacidad en los términos de contratación generada por los hospitales públicos, en donde la falta de condiciones competitivas nace de los propios demandantes, pues el mecanismo licitatorio no era el habitualmente usado por los hospitales públicos antes de la licitación de Cenabast para adquirir el oxígeno, sino más bien solían renovar sus contratos con los proveedores vía contratación directa y en los casos que realizaban licitaciones sus términos eran opacos e inciertos; vii) la provisión del oxígeno líquido junto a instalación de infraestructura relevante, que no es índice de colusión, sino más bien una práctica uniforme del sistema público hospitalario; viii) la práctica extendida en el sistema público de incluir en los contratos una cláusula de opción preferente; y, xix) el hecho de que, aún cuando haya cambio de proveedor, se obliga al nuevo a construir una nueva base de cemento para el estanque que ha de instalar.

2.12. La participación de Praxair hasta antes de la licitación de Cenabast era de un 4% en el mercado nacional del oxígeno. En el segmento medicinal alcanzaba sólo un 6% y en la provisión a hospitales públicos un 7%. Ningún acuerdo colusorio hubiese sido más conveniente para la empresa, en opinión de Praxair, que una política comercial tendiente a aumentar su pequeña participación de mercado, y esto se reflejó en la licitación de Cenabast, pues luego de la misma, Praxair alcanza un 6% en el mercado global chileno y un 85,2% en el segmento público líquido.

2.13. En opinión de Praxair, las siguientes características estructurales del mercado no hacen apta la permanencia de un cartel: i) la heterogeneidad de la participación de mercado de los oferentes; ii) la ausencia de barreras relevantes de entrada y la existencia de competencia potencial; iii) la diferenciación de los productos—servicios que se prestan en el mercado; iv) importante proporción de los costos fijos sobre los costos totales de producción; v) la existencia de compradores importantes y con contratos de largo plazo; y, vi) la poca

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transparencia en el mercado y el control de la información en manos de los demandantes.

2.14. En cuanto al comportamiento de Praxair en el mercado chileno del oxígeno, la empresa cita sus normas internas intencionales, que contienen prohibiciones a la colusión con competidores.

Praxair llegó a Chile en 1998 de la mano de la construcción por parte de una importante empresa de una fábrica de acero, con quien contrató en esa época un suministro por diez años. Una vez construida su planta productora en el año 2000 comenzó a ingresar y competir en igualdad de condiciones con el resto de las empresas de la industria, siguiendo la estrategia de obtener clientes emblemáticos como la Posta Central y el Hospital Clínico de la Universidad Católica. En su contestación del requerimiento, reseña la evolución de su cartera de clientes y las estrategias comerciales y productos innovadores (como la “mezcla de aire”, producto de alta pureza que requería un hospital) que utilizó para incorporarlos, así como sus planes de expansión.

Paralelamente, Praxair expone detalladamente los problemas que ha enfrentado debido a la alta morosidad de algunos clientes medicinales, especialmente hospitales públicos, y cómo eso ha influido en el alza de sus precios.

Asimismo, entregó en su contestación las condiciones comerciales de sus clientes antes de la licitación de Cenabast, respecto de las que solicitó reserva. Estas cifras dan cuenta del actuar de la empresa en los mercados de provisión de oxígeno y servicios conexos por medio de gasoducto, a granel de oxígeno líquido y cilindros de oxígeno gaseoso.

Los precios cobrados a los hospitales públicos se encuentran en la media de los cobrados a establecimientos de salud en general por naturales razones de mercado.

Según Praxair, del listado de sus precios se deduce que estos son enteramente comparables entre sí y explicables según parámetros objetivos de carácter económico. Así, a los clientes que no han suscrito contratos escritos se les cobran precios más altos, al igual que a aquellos que presentan requerimientos de inversiones y de continuidad e ininterrumpibilidad del suministro mayores, o mayores niveles de morosidad histórica, o no incorporan en los contratos cláusulas de reajustabilidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, Praxair recalca que los precios promedio cobrados por esa empresa al sector hospitalario público son menores que los señalados en el requerimiento de la FNE.

2.15. Respecto al comportamiento de Praxair en la licitación de Cenabast, la empresa expone que su conducta estuvo orientada a ganar en el proceso.

Expone las características principales del proceso licitatorio en orden a romper las históricas distorsiones del mercado, las que serían: i) buscar la transparencia en los términos de contratación ii) eliminar las cláusulas de opción preferente iii) el establecimiento de contratos escriturados (por instrumento público) y con plazo fijo (5 años) iv) propender a la seguridad en el pago y reducciones en las moras v) le eliminación de la necesidad de proveer tanques, los que serían adquiridos para cada hospital en otra licitación de Cenabast.

Para Praxair, la licitación de Cenabast abrió por primera vez a la empresa la posibilidad de competir en igualdad de condiciones con los otros actores en el mercado, lo que fue aprovechado por la empresa.

Para ello, elaboró un planeamiento estratégico para adjudicarse la licitación en la zona central, el que detalla en su presentación, detalle respecto del cual solicitó confidencialidad. Dicho planteamiento fue, en opinión de la empresa, plenamente exitoso y correspondió a una decisión económicamente racional.

2.16. Por lo dicho, en opinión de Praxair, debe excluirse la afirmación de la FNE en orden a que previa a la licitación de Cenabast existían rentas sobrenormales, ya que con ocasión de ella se eliminó la exigencia de instalar tanques en los hospitales. Además, los precios ofertados en la licitación en la zona central dan cuenta de las economías de escala envueltas en la provisión a 46 hospitales, con un volumen diario de alrededor de 20 ton/día, por un plazo de 5 años (la empresa pasó de suministrar 33.603 m³/mes a 425.000 m³/mes). Refleja además ahorros producto de eficiencias, almacenamiento y logística. Refleja también la menor incertidumbre en la relación proveedor—cliente y, por último, el menor riesgo asociado al hecho de contar con una institución centralizada como contraparte pagadora del contrato.

2.17. Praxair declara que sus márgenes de comercialización no son sobrenormales.

2.18. Para afirmar la inexistencia de los ilícitos imputados por la FNE, Praxair sostiene que: i) frente a la “prueba circunstancial” de la FNE, y existiendo una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

explicación alternativa razonable, debe estarse a esta última (equivalente a la presunción de inocencia en materia penal o a la de buena fe en materia civil).

Para reafirmar esta doctrina, Praxair cita en su presentación jurisprudencia norteamericana, europea y la de este Tribunal (Sentencias N° 7 y N° 18), que establece que la carga de la prueba en casos de colusión corresponde al acusador; que si los acusados presentan explicaciones alternativas a la de la colusión coherentes con las condiciones en que funciona el respectivo mercado, ellas deben ser aceptadas; y que la normativa de defensa de la competencia no priva a los operadores económicos de su derecho de adaptarse inteligentemente a las conductas presentes o previsibles de sus competidores.

Lo anterior es suficiente, en opinión de Praxair, para exculparla del cargo de colusión, al no existir en el requerimiento antecedentes que la inculpen y al haberse dado una explicación económica alternativa, razonable, seria y fundada.

2.19. No existe evidencia de la participación de Praxair en un supuesto reparto del mercado. Existe una explicación plausible para la dispersión de precios y la duración de los contratos.

2.20. Praxair sostiene que la conclusión del señor Fiscal carece de lógica, pues un acuerdo colusorio no explicaría que las empresas estuviesen dispuestas a renunciar, caso a caso, a rentabilidades de entre un 50% y un 88%. Los oferentes instarían, en cambio, a obtener el máximo de rentas sobrenormales posible. Además, la conducta de Praxair desde el inicio de sus actividades en Chile ha sido procurar aumentar su escasa participación de mercado, vía mejorar los precios de sus competidores o mediante la innovación y el mejor servicio. La conducta de Praxair, por último, durante el remate de Cenabast, fue coherente con los incentivos existentes para una empresa con participación minoritaria en el mercado.

Las conductas imputadas por el Fiscal dan cuenta más bien de las características estructurales del mercado del oxígeno medicinal en Chile y las relaciones contractuales que derivan en gran parte de ellas.

2.21. Praxair sostiene además que no existe una determinación anticompetitiva del precio ni discriminación arbitraria a los hospitales públicos respecto de las clínicas privadas o el sector industrial. La FNE no entrega evidencia alguna respecto de esta empresa y se remite al análisis ya realizado de sus precios en los distintos mercados. Además, no resulta lógico estimar que los hospitales públicos presenten elasticidades de demanda suficientemente distintas entre sí,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como para que se exploten esas diferencias para extraer la totalidad del excedente del consumidor.

Además, deben considerarse factores ya explicados, como la heterogeneidad de producto—servicios que se ofrecen en la industria, y la mínima participación de mercado de Praxair.

Por último, señala que, al excluirse la hipótesis de cartel, debe excluirse también la de ejercicio de poder de mercado mantenido conjuntamente por las requeridas.

2.22. Niega la existencia de arrepentimiento de último minuto del cartel por parte la empresa en la licitación de Cenabast.

2.23. Con respecto a aspectos procesales, Praxair alega lo siguiente:

- a. Ausencia de responsabilidad colectiva en derecho de la competencia, por lo que la FNE debe probar que todas las partes requeridas participaron en la colusión imputada;
- b. Excepción de prescripción. Las acciones imputadas habrían tenido lugar en el periodo 2001—2004, por lo que las acciones correspondientes a una parte de las conductas supuestamente ilícitas estarían prescritas de acuerdo con el artículo 20° inciso tercero del Decreto Ley N° 211, toda vez que el requerimiento de autos se presentó el día 3 de agosto de 2005. Por lo tanto, las conductas que se habrían ejecutado entre el 2001 y el 3 de agosto de 2003 se encuentran extinguidas, no pudiendo ser consideradas para la aplicación de sanción o multa alguna ni por la determinación de la cuantía de éstas;
- c. La carga de la prueba corresponde a la FNE, no siendo suficientes las evidencias circunstanciales por ella aportadas al proceso. No existe evidencia suficiente en contra de Praxair para desvirtuar el principio de licitud de su conducta, de acuerdo a lo previsto en el artículo 19 N° 21 de la Constitución. Incluso la escasa información numérica respecto de Praxair aportada por la FNE es errónea según esta empresa;
- d. La sanción solicitada por la FNE es infundada, injusta y arbitraria, toda vez que existe una explicación plausible alternativa a la colusión para explicar la conducta comercial de Praxair. En el requerimiento existe total opacidad respecto del método de cálculo de la multa que se solicita aplicar a Praxair. Pareciera que para calcular las de las otras

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

requeridas dividió por tres el supuesto monto de rentas sobrenormales presuntamente obtenidas por éstas antes de la licitación de Cenabast, sin diferenciar circunstancias particulares, pero no hay explicación para el monto solicitado respecto de Praxair, por lo que la arbitrariedad es evidente. También sostiene que no pueden compararse los contratos con hospitales públicos antes y después de la licitación de Cenabast, pues las condiciones de los mismos son muy distintas, según se explicó.

Agrega que en el cálculo de la multa no existe ninguna consideración al poder de mercado de las requeridas, violando el principio de proporcionalidad que debe inspirar cualquier sanción, y se prescinde del criterio de “gravedad” contemplado en la ley. Tampoco se hace referencia al plazo de prescripción establecido legalmente, ni se funda en los criterios contenidos en el artículo 26° inciso tercero del DL 211.

En subsidio, esta empresa alega que, de aplicársele una multa, ésta debe ajustarse a criterios de proporcionalidad, considerando, entre otras cosas, su calidad de no reincidente, la razonabilidad de los precios cobrados a sus usuarios, especialmente los hospitales públicos, y su actitud competitiva durante la licitación de Cenabast.

- e. Praxair, invocando el principio de irretroactividad de la ley, sostiene que sólo pueden aplicarse multas según los montos establecidos en la ley vigente al momento de iniciarse las supuestas conductas imputadas, esto es, de un máximo de 10.000 Unidades Tributarias Mensuales, toda vez que, excluyendo el período prescrito legalmente, las presuntas conductas habrían comenzado a ejecutarse el 3 de agosto del 2003, antes de la vigencia de la reforma introducida al DL 211 por la ley 19.911.

2.24. En relación a la acusación específica formulada por la FNE en contra de esta compañía, en el sentido que el Hospital Félix Bulnes compró a Praxair 23.000 m³ de oxígeno gaseoso a \$1.500/m³, en circunstancias que el Hospital de Peñaflores compró a Indura 21.000 m³ a \$750/m³, Praxair argumenta que el precio promedio pagado por el Hospital Félix Bulnes para la adquisición de oxígeno gaseoso fue de \$1.093/m³. Si este precio es superior al de otros hospitales, es plenamente justificable, pues no existe contrato escrito y el hospital es muy mal pagador, entre otras razones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.25. En virtud de lo expuesto, Praxair solicita lo siguiente:

- a. El rechazo del requerimiento de autos en todas sus partes, respecto de todas las requeridas;
- b. En subsidio de lo anterior, el rechazo del requerimiento de auto en todas sus partes respecto de Praxair;
- c. Que se declare expresamente que la empresa no ha incurrido en infracción alguna al DL 211;
- d. Que, en subsidio de lo todo lo anterior y considerando lo expuesto, este Tribunal exima a Praxair del pago de una multa o fije la misma prudencial y proporcionalmente en el rango que corresponde a la ley aplicable, a la participación de mercado de Praxair, y a la calidad de sus conductas y de su actuar en el marco de la licitación de Cenabast;
- e. Que acoja en todo caso la excepción de prescripción planteada;
- f. Que, en uso de sus facultades, este Tribunal ordene a todos los participantes el mercado del oxígeno chileno, y especialmente el medicinal, a adoptar las siguientes medidas:
 - Que la contratación de oxígeno se haga en base a criterios transparentes y no discriminatorios;
 - Que cese la práctica de otorgar derechos de opción referentes a quienes hayan tenido una relación contractual previa con el demandante de oxígeno; y,
 - Que el Supremo Gobierno, a través de las entidades estatales correspondientes, inste por el pago de los suministros de oxígeno en plazos y condiciones razonables, de acuerdo con los estándares habituales del mercado;

3. A fojas 202 y con fecha 9 de septiembre de 2005, **AGA S.A. (AGA)** evacuó el traslado del requerimiento de autos. Sus alegaciones, en síntesis, son las que siguen:

3.1. AGA ha competido intensamente en los mercados de gases medicinales e industriales en los que participa en Chile y no se ha coludido con sus competidores, por lo que el requerimiento carece de justificación. En estos mercados compiten las requeridas más algunas empresas de menor tamaño,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fabricantes de las denominadas plantas PSA. A pesar de lo concentrada de la industria y el uso intensivo de capital, con una altísima proporción de gastos fijos que la caracteriza (energía eléctrica y combustibles, principalmente), es altamente competitiva. Por lo demás, la provisión de oxígeno líquido a hospitales es bastante menor dentro del volumen de negocios de la industria, representando alrededor de 7,2 millones de dólares las ventas totales en este segmento.

3.2. El suministro de oxígeno medicinal no es un producto homogéneo como sostiene la FNE en su requerimiento. AGA provee a sus clientes una verdadera “solución integral” a necesidades de gases medicinales, acorde a las exigencias y posibilidades individuales de cada hospital, lo que constituye un producto heterogéneo.

3.3. No existen barreras a la entrada o salida en el mercado que puedan inhibir la competencia. Así lo muestra la evolución de la industria en los últimos años, en la que han aumentado los actores relevantes y sus participaciones relativas en el mercado. Así, las escalas mínimas requeridas no constituyen una barrera a la entrada, ni lo es la propiedad de los estanques, ya que es una inversión que se amortiza con contratos a más largo plazo, que benefician a ambas partes, pues entregan al cliente mayor poder de negociación.

3.4. Precisamente debido a la fuerte competencia existente, los precios cobrados a los hospitales públicos por la provisión de oxígeno líquido no han aumentado lo suficiente como para absorber las alzas de los principales insumos: energía eléctrica y combustible. El precio del suministro de oxígeno líquido ha subido en términos reales sólo en un 1.3% entre 2002 y julio de 2005, apenas un 0,5% sobre el IPC por año. Sin embargo, el precio de la energía ha sufrido importantes incrementos y el petróleo ha subido en un 170% en los mercados internacionales en el mismo período. Incluso, los precios cobrados a los hospitales públicos son más bajos que los cobrados a los clientes privados.

3.5. La naturaleza de la relación de suministro proveedor—hospital en el sector público y privado explica las relaciones de largo plazo y la baja rotación, y no factores como la colusión o reparto de mercado. Los hospitales rara vez convocan a licitaciones y prefieren renovar los contratos directamente. Además, la baja rotación de clientes puede explicarse por la facilidad que posee el proveedor actual para mejorar el precio, pues una vez que ha amortizado las inversiones éstas se convierten en un costo hundido, pudiendo mejorar su oferta. Los proveedores, por su parte, se convierten en “cautivos” de los hospitales pues deben recuperar los costos de las inversiones que han realizado, lo que se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

agrava en el caso de los hospitales públicos, ya que es imposible cortarles el suministro, y por su fuerte nivel de deudas.

3.6. AGA agrega que, en su opinión, es inverosímil una colusión en un mercado residual como es el del oxígeno suministrado a hospitales públicos, puesto que, en su caso, apenas representa el 4% de sus ventas. Existiendo amplia competencia en el servicio de suministro de gases industriales y de gases medicinales a privados, resulta inverosímil, por ineficiente, que AGA se concertara con tres de sus competidores para repartirse un mercado marginal, que representa una pequeña fracción de sus ventas y en el que los costos de transacción para organizar un cartel y fiscalizar su cumplimiento superarían cualquier eventual beneficio.

3.7. Que todas las diferencias de precios imputadas a AGA en el requerimiento como indicio de reparto de mercado tienen, en concepto de esta empresa, sólidas justificaciones económicas, que desvirtúan cualquier actuación contraria a la libre competencia.

3.8. Así, los menores precios cobrados a los clientes industriales obedecen a que se les provee de productos distintos, mayores volúmenes, más servicios agregados, pago oportuno, plazos más largos de suministro y cláusulas *take or pay*.

Sólo en el año 2004 AGA ganó cuatro importantes licitaciones en el sector industrial, que ratifican los importantes niveles de competencia en la industria de gases.

A su vez, las diferencias existentes entre los precios a distintos hospitales públicos se explican fundamentalmente por los volúmenes consumidos o por los servicios incluidos en cada caso.

Así: i) la diferencia de precios entre el hospital de Buin y el Instituto Nacional del Cáncer se explica por descuentos por volumen, toda vez que el hospital de Buin estuvo incluido en una licitación que, además, comprendió otros cuatro centros públicos de salud que, en conjunto, consumen 18 veces más oxígeno que el Instituto Nacional del Cáncer; ii) la diferencia de precios cobrados al Hospital de Lota respecto al de Los Ángeles se explica por los distintos servicios prestados a uno y otro. El hospital de Lota arrienda más del 90% de los cilindros que utiliza, en tanto que el de Los Ángeles arrienda poco más de la mitad, siendo de su propiedad la otra mitad. Además, el Hospital de Lota implica menores eficiencias en el transporte ya que en Los Ángeles existe un depósito para gases del que no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dispone Lota; iii) AGA no vende oxígeno al Hospital de Llay—Llay, por lo que la acusación del requerimiento se funda en un error de hecho. Este hospital compra oxígeno gaseoso, en cilindros, a un vendedor de un consignatario de AGA en Los Andes, por lo que la empresa no tiene injerencia alguna en los respectivos precios; iv) el hospital de La Serena es abastecido por AGA hace 20 años, cuenta con el respaldo de una sucursal de Vallenar y de un consignatario de AGA en Coquimbo, lo que permite una capacidad adecuada de respuesta en el caso de emergencia. Ovalle, en cambio, no está en la ruta de despacho habitual de AGA y la empresa no tiene ningún otro cliente de gases medicinales o industriales en esa ciudad. Por esto, Ovalle no resulta un destino atractivo para AGA, lo que no es una conducta contraria a la libre competencia. Además, AGA no ha recibido nunca una solicitud de cotización o de compra por parte de dicho hospital.

3.9. En lo que dice relación con la licitación de Cenabast, AGA sostiene que ésta cumplió su objetivo, ya que uno de los oferentes aceptó ofrecer el precio de referencia oculto de \$301/m³. Además, la licitación fomentó la conducta estratégica de los oferentes, lo que era precisamente el objetivo perseguido con el modelo de tres rondas de remate a la baja con precio de referencia oculto diseñado por Cenabast.

3.10. Sin perjuicio de lo anterior, AGA sostiene que el proceso licitatorio de Cenabast presentaba graves inconvenientes. AGA sostuvo durante el proceso que su diseño crearía un monopolio muy difícil de desafiar en el futuro. Además, existía una grave incertidumbre respecto de los volúmenes a contratar, qué hospitales tenían contratos vigentes y en qué momento se sumarían a la licitación. Estas incertidumbres generaban el riesgo de un negocio ruinoso, por lo que AGA no presentó ofertas por debajo de \$475/m³ en la zona centro, lo que no es contrario a la libre competencia.

3.11. AGA no realizó más posturas luego de llegar a su precio promedio cobrado en el año 2004, más un margen de incertidumbre, a sus clientes medicinales privados (\$474,2/m³). La última oferta de AGA coincidía además con su costo más la rentabilidad del negocio (\$460/m³). A mayor abundamiento, esta empresa sostiene que el precio de referencia de la zona central no cubría ni siquiera sus costos (\$368/m³).

3.12. En opinión de AGA, el requerimiento de autos compara dos cosas distintas que no son comparables entre sí. En efecto, el precio que pagaban los hospitales públicos antes de la licitación de Cenabast incluía los costos de todas las instalaciones necesarias para recibir el oxígeno líquido en los hospitales,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

almacenarlo y distribuirlo en las redes internas. En cambio, el precio de \$301/m³ que pagarán los hospitales después de la licitación no incluye ninguno de estos costos de instalaciones (ni las comisiones cobradas por Cenabast).

3.13. Adicionalmente, el ahorro de los hospitales públicos después de la licitación de Cenabast se explica en buena parte sólo por el mayor volumen licitado, y si se le agregan todos los otros costos que deberán pagar los hospitales públicos, el precio total del oxígeno será, en opinión de AGA, como mínimo \$380,6/m³, lo que representa un ahorro significativamente menor que el señalado en el requerimiento.

3.14. AGA sostiene que el requerimiento la acusa, a lo sumo, de una tentativa inidónea, que no es sancionable en Chile, toda vez que la licitación de Cenabast fue un éxito.

3.15. En otro orden de cosas, AGA alega que en un proceso sancionatorio como es éste ha de aplicarse todas las garantías constitucionales del debido proceso penal.

3.16. Así, debe respetarse en este proceso los principios de i) legalidad, ii) territorialidad, pues el requerimiento cita un caso en Argentina que no se ve, según AGA, cómo podría influir legal y económicamente en este caso, al tratarse de un mercado distinto, un juicio que está pendiente y un territorio que no está regido por la ley chilena; iii) congruencia; pues el requerimiento acusa a AGA de una supuesta conducta respecto de cuatro hospitales concretos sobre los que se ha presentado defensa, y no puede extenderse a otras acusaciones vagas y genéricas frente a las cuales resulta imposible defenderse; iv) presunción de inocencia, v) lesividad, pues la participación de AGA en la licitación de Cenabast no causó lesión a bien jurídico alguno y, en el peor de los casos, podría constituir una tentativa inidónea, que no es punible en el derecho chileno; vi) prescripción, AGA opone excepción de prescripción a todos los hechos que hayan ocurrido antes del 5 de agosto de 2003, esto es, dos años antes de la notificación del requerimiento de autos; y, vii) proporcionalidad; pues la multa propuesta en contra de AGA es diez veces superior al eventual perjuicio que se le atribuye, lo que infringe el D.L. 211 y el artículo 19 N° 26. El supuesto ahorro de los hospitales públicos luego de la licitación de Cenabast, imputable a AGA, no es de \$1.500 millones, como imputa el requerimiento, si no que de \$126 millones en lo que respecta a AGA, lo que, además, se explica por el mayor volumen al contratar centralizadamente, lo que la propia Cenabast nunca había hecho antes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por tanto, en opinión de esta empresa, la multa no sólo es improcedente por lo infundado de los cargos, sino que además desproporcionada.

3.17. A continuación se extractan las acusaciones específicas de la FNE respecto de AGA y la defensa de la compañía respecto de las mismas:

3.17.1. Primera acusación: reparto de mercado.

- a. En el año 2002, el Hospital de Ovalle habría comprado a Indura 59.000 m³ de oxígeno líquido a \$908/m³; mientras que el Hospital de La Serena compró a AGA la misma cantidad a \$483/m³.

AGA indica que en el año 2002 se vendieron 75.163 m³ de oxígeno líquido, y no 59.000. Para aclarar el por qué AGA no ofrece su oxígeno en Ovalle, afirma que el Hospital de La Serena se encuentra en su ruta de despacho y el Hospital de Ovalle no. Además, AGA tiene más clientes en la zona de La Serena. Por último, AGA desconoce cuánto cobra la competencia.

- b. La FNE sostiene que, en el año 2002, el Hospital de Llay—Llay compró a AGA 6.200 m³ de oxígeno gaseoso a \$2.346/m³; mientras que, en la misma región, el Hospital de Quilpué compró a Air Liquide 5.400 m³ a \$1.099/m³.

AGA argumenta que no vende ni ha vendido oxígeno al Hospital de Llay—Llay. Este hospital compraría oxígeno a un revendedor, el seor Nelson Leroy, quien lo compra a su vez a la empresa Sindicas Ltda., la que los adquiere de AGA en Los Andes.

3.17.2. Segunda acusación: determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria.

- a. La FNE acusa que, en el año 2002, AGA vendió 18.400 m³ de oxígeno líquido al Instituto del Cáncer a un precio de \$680/m³, en circunstancias que cobró sólo \$447/m³, para un volumen similar, al Hospital San Luis de Buin.

AGA argumenta que el precio cobrado al Hospital San Luis de Buin es resultado del proceso de licitación convocado por el Servicio de Salud Metropolitano Sur en 2000, que incluyó además a los Hospitales Barros Luco Trudeau, Centro de Diagnóstico Terapéutico Hospital Barros Luco Trudeau, Dr. Lucio Córdova y El Peral, con un consumo total de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

340.000 m³ para el año 2002 –volumen más de 18 veces mayor que el consumo del Instituto Nacional del Cáncer.

- b. La FNE sostiene que AGA vendió 7.000 m³ de oxígeno gaseoso al Hospital de Lota a \$1.752/m³, y 7.300 m³ al Hospital de Los Ángeles, a un precio de \$1.116/m³.

AGA indica que, de ser la acusación correspondiente al año 2002, las cifras presentadas por la Fiscalía Nacional Económica son incorrectas. Los precios habrían sido de \$1.031,9/m³ para el Hospital de Lota y \$957,2/m³ para el Hospital de Los Ángeles.

Por otro lado, argumenta que existen muchas diferencias entre un hospital y otro. En primer lugar, el Hospital de Lota arrienda una gran cantidad de cilindros, mientras que el de Los Ángeles cuenta con un importante número de cilindros propios. Segundo, el volumen total de oxígeno que consume el Hospital de Los Ángeles es mucho mayor (en 2002, consumió 105.824 m³ de oxígeno líquido, adicionales al gaseoso). Tercero, existen importantes diferencias en los fletes. Cuarto, los contratos de los Hospitales con AGA son de diferentes épocas, y tienen distintas bases de reajuste. Por último, el Hospital de Los Ángeles ha sido históricamente mejor pagador que el Hospital de Lota.

3.18. En virtud de lo expuesto, AGA solicita se deseche la acusación en todas sus partes.

4. A fojas 221 **Indura S.A. (Indura)** evacua el traslado del requerimiento de autos, con fecha 9 de septiembre de 2005, argumentando, en síntesis, lo que sigue:

4.1. Como cuestión previa Indura interpone la excepción de prescripción, pues las imputaciones de la FNE se refieren al periodo comprendido entre los años 2001 y 2004 y los casos que presenta como fundamento a sus acusaciones habrían ocurrido el año 2002 y 2003. En opinión de esta empresa las supuestas acciones ocurridas antes del día 3 de agosto del año 2003 (dos años antes del requerimiento de la FNE) estarían prescritas por aplicación del inciso tercero del artículo 20° del D.L. 211. Lo anterior en aplicación, entre otras instituciones, del principio *pro—reo*, en virtud del cual una nueva norma de prescripción extintiva de la acción, de menor extensión que la antigua, debe recibir aplicación inmediata.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.2. Indura es una empresa chilena que fue fundada en el año 1948 y desarrolla su negocio en el campo de los gases y soldaduras, tanto para aplicaciones industriales como medicinales. La empresa inglesa BOC se incorporó a la propiedad de la compañía a mediados de los noventa, y participa en el gobierno corporativo de la empresa con cuatro de nueve directores, pero sin presencia en la plana ejecutiva de la misma. Participa en la producción de oxígeno en forma líquida (LOX) y gaseosa (GOX) y oxígeno proceso, todos productos distintos que forman parte de mercados relevantes diferentes.

4.3. La estructura del mercado general del oxígeno y en particular del oxígeno medicinal líquido y gaseoso, según Indura, posee los siguientes factores característicos: i) una función de producción que presenta importantes economías de escala y para la formación de los precios, dado que el costo marginal de la producción del oxígeno líquido, tanto criogénico o por adsorción, está dado por la recuperación del costo de capital, por lo que esta industria tiene un alto componente de costo fijo en su estructura de costo unitario total. En consecuencia, ante la capacidad ociosa en una planta productora, un precio de venta superior al costo marginal de producción, más los costos de transporte y distribución correspondientes, inducirá la decisión de producir y vender. Lo anterior incentiva la búsqueda de grandes clientes y/o agrupaciones de clientes medianos y pequeños con contratos de mediano y largo plazo, que permitan copar la capacidad de la planta sin mayor incertidumbre; ii) alta elasticidad ingreso de la demanda, cercana a dos, según los estándares internacionales. Esto es relevante en un mercado en donde la formación de los precios se relaciona íntimamente con las expectativas de recuperación del capital invertido; iii) la demanda está distribuida geográficamente en torno a las ciudades y centros industriales importantes; iv) los costos de transporte son relevantes (en caso de Indura, ellos impiden abastecer a clientes distantes a más de 500 kms. de los centros de producción, en el caso del LOX, y a distancias superiores a 150 kms., en el caso del GOX; iv) la estacionalidad y el almacenamiento son relevantes. En el caso del LOX y GOX la demanda es cíclica, concentrándose mayormente en el invierno, por el aumento de las enfermedades respiratorias, lo que hace imposible dimensionar exactamente la demanda. Además, es imposible técnica y económicamente almacenar oxígeno por un período superior a un mes, lo que exige a Indura mantener como reserva o respaldo una fracción relevante de su capacidad productiva, logística e infraestructura.

4.4. Lo expuesto, para Indura, hace que la forma eficiente de abastecer pequeños volúmenes de demanda sea con una red de distribución extendida o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con plantas de menor tamaño y mayor costo medio de producción, ocurriendo lo contrario en el entorno de centros industriales o urbanos con mayores volúmenes de demanda. Lo anterior origina la coexistencia de tecnologías heterogéneas de producción, con distintas escalas y distintos costos medios, con ventas *spot* de bajo volumen y mayor precio

4.5. Para enfrentar el riesgo a la recuperación del capital invertido, particularmente tratándose de plantas de pequeña o mediana escala, es necesario celebrar contratos de mediano y largo plazo con algunos clientes, que protejan en parte de la irrupción futura de competencia originada en un aumento inesperado de la demanda en una localidad. Por lo anterior, existen en este mercado múltiples contratos traslapados en el tiempo, de distinta duración y características, para distintos clientes, básicamente en función de la mitigación del riesgo de recuperación del capital. Por otra parte, en un mercado de alto crecimiento como el chileno, con la demanda distribuida desigual e inorgánicamente, surge una multiplicidad de contratos con una amplia dispersión en sus características y atributos, influenciados por las características de los servicios requeridos, condiciones de competencias dinámicas y por el aumento impredecible de demandas locales en las distintas zonas del país.

4.6. Desde la perspectiva de la demanda, Indura sostiene que las relaciones a largo plazo son las preferidas, en particular en el caso de los hospitales. Para surtirlos, Indura requiere alcanzar un conocimiento específico de diversos factores, como la estacionalidad de su demanda o sus necesidades de logística. Esto es relevante debido a la necesidad de confiabilidad y seguridad en el suministro, lo que es recogido, por lo demás, en los plazos de contratación exigidos por Cenabast (cinco años). Por esta razón, cuando un cliente solicita la cotización de un tercero, no lo hace necesariamente animado por el deseo de cambiar de proveedor, si no que para ajustar el precio. Los demandantes son los que suelen favorecer a su actual proveedor otorgándole la posibilidad de igualar el precio que le ofrece un tercero.

4.7. En opinión de Indura, un elemento adicional relevante desde la perspectiva de la oferta es el comportamiento de pago y cumplimiento del demandante, el que ha sido deplorable respecto de esta compañía por parte de los hospitales públicos.

4.8. Para Indura, la comparación de precios ignorando todo el contexto del mercado descrito e ignorando todos los demás aspectos de la realidad contractual de cada caso, como lo hace la FNE, es incorrecto y arbitrario.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.9. Respecto de los mercados relevantes del oxígeno, Indura distingue los del oxígeno medicinal líquido y gaseoso, que se diferencian en los servicios y logística involucrados en su provisión; distintos de otros como los industriales y el proceso. Desde el punto de vista geográfico, se puede distinguir el mercado de la zona norte (I a III Región), de la zona central (de la IV a la VII Región), de la zona sur (de la VII a la X Región) y zona extremo sur (regiones XI y XII), en los que participan distintos oferentes. Esta distinción fue recogida en parte en la licitación de Cenabast.

El oxígeno medicinal se distingue del proceso (industrial) porque a nivel mundial es considerado un “fármaco”, sujeto a normas de seguridad y calidad especiales. En Chile es considerado un “medicamento” por el ISP.

Los servicios involucrados para la provisión de oxígeno industrial y medicinal son distintos. Indura vende a los hospitales públicos “servicios de suministro de oxígeno medicinal”, lo que comprende un sinnúmero de prestaciones adicionales a la mera entrega del oxígeno. Lo anterior implica inversiones especiales en cada hospital (sistema de monitoreo, cilindros, reguladores dobles, alarmas, sistemas de respaldo, solución de emergencias, etc.).

Puede desplazarse la oferta de oxígeno por los proveedores de un mercado a otro, pero esto resulta costoso por razones de logística, lo que dificulta la movilidad a corto plazo.

4.10. Desde la perspectiva del producto, dentro del oxígeno medicinal pueden distinguirse el líquido (LOX) y el gaseoso (GOX). El LOX (que requiere de estanques y termos) se usa para hospitales con consumos importantes, y el GOX (que requiere de cilindros de acero) para abastecer hospitales y otros centros de salud menores. El LOX y el GOX medicinal son para Indura mercados relevantes en sí mismos, y por ello Cenabast llamó a licitaciones separadas para cada uno de ellos.

4.11. En relación con la barreras a la entrada y salida, Indura considera que éstas no existen dado el bajo costo de los estanques, los que no pueden ser calificados como instalaciones esenciales, ya que no hay razones para que cada hospital adquiera los que requiere. Indura sólo restringe el uso de los suyos por razones de seguridad. Por lo demás, las relaciones a largo plazo entre oferentes y demandantes obedecen a razones estructurales de la industria y a eficiencias que se generan para ambas partes, y no debido a los estanques.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Lo anterior se reafirma por el hecho de que han entrado nuevos actores al mercado, como es el caso de las plantas PSA.

4.12. Respecto de la morosidad de los hospitales públicos, Indura incluye en su presentación gráficos con la dispersión de la deuda en los 30 hospitales con mayores compras entre los años 2001 y 2004. El plazo efectivo de pago de estos hospitales con Indura ha excedido en más de siete veces lo pactado en el 2001 y, en el 2004, ha sido casi cinco veces lo acordado. Incluso, algunos hospitales han licitado el pago de sus deudas y las han adjudicado a quienes hayan estado dispuestos a aceptar una mayor rebaja en el monto adeudado.

Los hospitales, según Indura, aprovechan el que no se les pueda interrumpir el suministro para mejorar su posición negociadora.

4.13. En lo concerniente al reparto de mercado, según Indura éste no es efectivo, ya que la escasa movilidad de los proveedores se ha explicado con argumentos estructurales de la industria, específicamente en lo relativo a los incentivos en ella existentes para crear relaciones de largo plazo mutuamente convenientes entre las partes. La naturaleza y extensión de los servicios prestados y la fecha de suscripción de los respectivos contratos explican por qué en determinadas zonas los hospitales se surten con distintos proveedores a diferentes precios.

Los propios hospitales son reacios a cotizar a proveedores distintos a los históricos y proclives a favorecer a estos últimos.

Si bien más del 90% de los clientes han mantenido la relación contractual con Indura (incluye una tabla en su presentación), casi la mitad de éstos, en términos de volumen, registran una disminución en sus precios de compra en el tiempo. Esta disminución ocurre en el momento en que los contratos son renegociados, o durante la vigencia de los mismos a instancias de los propios hospitales, como resultado de una mejor oferta de la competencia.

4.14. Según Indura, mal podrá haber incurrido en colusión expresa o tácita, toda vez que no posee información sobre las participaciones de mercado de sus competidores.

4.15. Indura sostiene que el oxígeno medicinal y el industrial son productos distintos, pertenecientes a mercados relevantes diferentes, y que, en el caso de los hospitales públicos, el precio es más alto, además, por los factores ya latamente explicados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.16. En cuanto a la acción concertada que se imputa a las requeridas en la licitación de Cenabast de septiembre de 2004, ésta estableció en sus bases los requerimientos técnicos del oxígeno a surtir y los servicios conexos al suministro. Además, estableció un periodo de 60 días para pagar a los proveedores, lo que mejoró sustancialmente el comportamiento de pago de los hospitales. A eso debe agregarse los elevados volúmenes a contratar.

4.17. Indura cuestionó ante Cenabast y el Ministerio de Salud la inconveniencia para la estructura de la industria, y las implicancias desde la perspectiva de la libre competencia, de aglutinar en una sola mano todo el poder de compra del oxígeno medicinal para el sector público, por constituir un abuso monopsonico y favorecer la concentración (el sector público concentra el 75% de la demanda total de oxígeno medicinal).

4.18. La conducta de Indura durante la licitación fue, en opinión de esta compañía, independiente, racional y dirigida a maximizar sus utilidades. Indura trató de adjudicarse la zona centro extendida y la zona sur y, por ello, durante los remates a la inversa ofreció los mejores precios. Indura proyectó que ninguno de sus competidores podrían igualar el precio de referencia de Cenabast en la zona centro extendida, lo que no resultó efectivo.

Además, agrega que en esta licitación participaron cinco empresas, incluyendo a Air Products, quien, por esta vía, podrá haber ingresado al mercado chileno.

4.19. Con respecto a las acusaciones específicas de la FNE respecto de Indura, a continuación se extractan las mismas y la defensa de la compañía.

4.19.1. Primera acusación: reparto de mercado.

- a. La FNE sostiene que en el año 2002, el Hospital de Ovalle habría comprado a Indura 59.000 m³ de oxígeno líquido a \$908/m³; mientras que el Hospital de La Serena compró a AGA la misma cantidad a \$483/m³.

Indura indica que la cantidad vendida correspondiente al año 2002 es de 60.053 m³, y el precio ascendió a \$633/m³.

- b. La FNE sostiene que el Hospital Félix Bulnes compró a Praxair 23.000 m³ de oxígeno gaseoso a \$1.500/m³; en circunstancias que el Hospital de Peñaflor compró a Indura 21.000 m³ a \$750/m³.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Indura argumenta que, de acuerdo a su información, el precio promedio para 2002 fue de \$608/m³ (y no \$750/m³). Asimismo, en dicho año el volumen sería de 24.188 m³ y no 21.000 m³.

4.19.2. Segunda acusación: determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria.

- a. La FNE acusa que Indura vendió 46.000 m³ de oxígeno líquido al Hospital Dr. Eduardo Pereira, de Valparaíso, a \$639/m³, y 39.500 m³ al Hospital San José de Maipo a \$379/m³.

Indura señala que las cifras correctas son, para el caso del Hospital Dr. Eduardo Pereira, 49.269 m³ de oxígeno líquido a un precio medio de \$517/m³. Como ya se señaló, en 2002 Indura no vendió oxígeno líquido al Hospital San José de Maipo y, en el año 2003, se vendió conjuntamente a este hospital y al Hospital Sótero del Río.

- b. La FNE sostiene que, en 2002, Indura vendió 4.500 m³ de oxígeno gaseoso al Hospital de Constitución, a \$1.312/m³; en circunstancias que por una venta al Hospital de Linares de sólo 3.400 m³, cobró \$695/m³.

Indura señala que las cifras correctas son, para el caso del Hospital de Constitución, 4.679 m³ a un precio de \$1.082/m³. Por otra parte, en el caso del Hospital de Linares se vendieron 7.357 m³ a un precio de \$596/m³. Además, Indura indica que el Hospital de Constitución no tenía a esa fecha contrato suscrito con Indura, a diferencia del Hospital de Linares, que mantiene contrato vigente desde el 24 de octubre de 1994.

4.19.3. Tercera acusación: los hospitales enfrentan precios muy por encima de lo que pagan otros clientes con niveles de consumo similares.

La FNE sostiene que Indura vendió en 2003, 50.609 m³ de oxígeno gaseoso al Hospital Regional de Rancagua, a un precio promedio de \$1.033/m³. En el mismo año, vendió 47.812 m³ de oxígeno gaseoso a Edyce S.A. a un precio de \$470/m³.

Indura señala que Edyce S.A. es un cliente estratégico e integral de Indura en la zona sur, que compra oxígeno líquido e industrial, además de otros gases industriales, soldaduras y equipos. Por su parte, el Hospital de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Rancagua es un cliente medicinal que compraba oxígeno medicinal líquido y gaseoso, además de otros gases medicinales.

La planta de Edyce se encuentra en la VIII Región; el Hospital de Rancagua, en la VI Región.

Indura abastecía al Hospital de Rancagua desde los años ochenta. Dado su pésimo comportamiento de pago y la costumbre de solicitar descuentos a la hora de pagar la deuda histórica, Indura siempre instó a que se suscribiera un contrato, a lo que el Hospital se negaba. La negativa a formalizar la relación comercial se vio naturalmente reflejada en los precios.

4.20. En mérito de lo expuesto, Indura solicita que el requerimiento de la FNE sea rechazado en todas sus partes, con costas, y se declare que Indura no ha cometido ningún atentado en contra de la libre competencia.

En subsidio, pide rebajar el monto de las multas propuestas por el requerimiento, habida cuenta de que la FNE no consideró en sus cálculos los sustanciales cambios que significó la licitación de Cenabast al agregar la demanda de los hospitales públicos y acortar sustancialmente los plazos de pago. Al no hacerlo califica como rentas anormales rentas que eran producto de la responsabilidad e ineficiencia de dichos centros de salud.

Además, las supuestas conductas habrían tenido lugar, en su mayoría, antes de la última reforma el DL 211 por lo que corresponde aplicar las sanciones que contemplaba antes de ella ese cuerpo legal.

5. A fojas 273 rola la contestación del requerimiento de la empresa **Air Liquide Chile S.A. (Air Liquide o AL)**, presentada con fecha 9 de septiembre de 2005. La síntesis de sus alegaciones es la siguiente:

5.1. Air Liquide cuenta con dos plantas productoras en la II Región, que tienen proporciones y tipos de producción fijos para los distintos gases atmosféricos. La empresa cuenta con cinco camiones o tráileres para abastecer a sus clientes. A sus clientes de la zona central, AL los abastece con oxígeno líquido que compra a la empresa Molymet, e importa una importante cantidad de oxígeno líquido a granel desde Argentina.

5.2. Air Liquide es una filial de la compañía francesa Air Liquide Internacional (que es dueña del 99,99 por ciento de las acciones de su filial chilena), cuyas acciones se transan en la bolsa de París. Comenzó a operar en 1902 en Francia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y, actualmente, tiene presencia en 65 países. La participación de la empresa en el mercado de gases derivados prácticamente se triplicó entre 1997 y 2003, pasando de un 6% a un 16%.

5.3. AL considera que el mercado relevante de producto para efectos del análisis de esta causa es el oxígeno medicinal producido en estado líquido o gaseoso, es decir, separado del aire por cualquier medio idóneo (incluyendo el sistema PSA) y que puede ser distribuido en cilindros o a granel.

5.4. El oxígeno para AL no es un producto homogéneo. Los contratos con sus clientes difieren en una serie de elementos esenciales tales como: i) plazo; ii) precio; iii) objeto y volumen de compra; iv) fechas de pago; v) lugar de entrega: Todo esto redundando en que el producto final vendido no es el mismo en un caso u otro y no es un producto homogéneo.

5.5. El mercado geográfico relevante debe incluir el internacional y considerar las ventajas competitivas que tiene cada productor según el lugar donde se encuentren sus plantas.

5.6. En el caso del oxígeno, AL posee un 13% de participación en el mercado nacional, careciendo de poder de mercado.

5.7. AL considera que en este mercado no existen barreras a la entrada. Tanto es así, que la compañía ingresó sin problemas al mercado chileno en 1991, y que en algunas licitaciones internacionales han participado empresas que no han ingresado al mercado chileno.

5.8. Para esta compañía, existen bienes sustitutos al oxígeno que produce, especialmente las plantas PSA, que ya se utilizan en algunos hospitales. Además, considera que existe competencia potencial de todas las empresas oferentes de oxígeno criogénico y producido mediante PSA.

5.9. Los estanques de almacenamiento no son una instalación esencial, si no que un insumo necesario (de libre importación) para un proceso productivo, que puede ser adquirido por cada centro hospitalario y tiene sustitutos (PSDA, cilindros, termos móviles).

5.10. AL considera en forma general que el requerimiento carece de lógica jurídica y económica, e incurre en infracciones al debido proceso, por estar compuesto por vaguedades e imputaciones genéricas que no permiten hacer descargos específicos. Por ello, en opinión de AL, el proceso debe delimitarse

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por los hechos precisos que fundan las escasas imputaciones concretas y determinadas que se hace a las diversas requeridas.

5.11. Particularmente, alega ausencia de colusión, y que la presunción de inocencia exige que se consideren las múltiples razones distintas a la colusión que pueden explicar las características de este mercado y los hechos descritos en el requerimiento. Así, la dispersión de precios y la baja rotación de proveedores pueden obedecer a que el producto no es homogéneo, a la especificidad de las diversas relaciones contractuales, a los diversos costos involucrados para los distintos clientes, a los costos de transacción y otros involucrados en el cambio de proveedores, a la maximización de los retornos en industrias que presentan coeficientes fijos de producción, y a otros factores tales como descuentos por volumen, relaciones de lealtad entre oferentes y consumidores, etc.

5.12. La participación de AL en el mercado es baja pero creciente, por lo que no hay razones para coludirse. Además, los ingresos de la compañía por ventas de oxígeno medicinal sólo representan el 15% de sus ingresos totales en Chile y un 10% si sólo se considera la venta a hospitales públicos.

5.13. Adicionalmente, la teoría económica permite descartar la colusión cuando, como es el caso de la industria en análisis: i) no existen barreras a la entrada; ii) no existen rentas sobrenormales iii) no se obtienen rentas monopólicas de todos los clientes “cautivos” de las empresas.

Según AL, las conductas interdependientes no constituyen acuerdo ni infringen el D.L. 211.

Además, la FNE debe probar que las dificultades inherentes a toda colusión no se darían en el caso de autos, o habrían sido solucionadas de alguna forma (monitoreo de miembros y sanciones a infractores, variaciones en participantes o existencia de muchos demandantes, etc.).

En opinión de AL, además, no se dan en este caso los requisitos que establece el D.L. 211 para configurar y sancionar un acuerdo tácito de reparto de mercado, esto es, la adquisición de poder monopólico por medios ilícitos y el abuso de tal poder. Tampoco se ha acreditado un acuerdo expreso o tácito entre las requeridas que haya perjudicado o puesto en riesgo la libre competencia, ni el reparto del mercado o fijación de precios. Todas las acusaciones del requerimiento de autos se hacen en base a presunciones, construidas sobre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hechos que no están plenamente acreditados y que no son graves, precisos y concordantes.

5.14. Existe una teoría económica alternativa y más coherente que la colusión para explicar la dispersión de precios (que la FNE atribuye a discriminación) y el reparto del mercado, referidas a las especiales condiciones del mismo: i) el volumen y la modalidad de provisión varía caso a caso; ii) la existencia de costos fijos y variables de producción; iii) la producción integrada de oxígeno y nitrógeno, que exige coordinar la venta de diferentes gases; iv) los gastos significativos de logística propios de este negocio y en inversiones específicas en la provisión de clientes; v) la diferente manera de calcular el precio entre los clientes; vi) las condiciones de contratación y sus riesgos asociados.

5.15. Las causas que explican la falta de rotación o movilidad de proveedores son, para AL: i) las relaciones de lealtad entre proveedores y clientes; ii) la regularidad en la provisión del producto; iii) los antecedentes industriales y comerciales del proveedor; iv) la capacidad de producción del proveedor y su posibilidad de reaccionar frente a emergencias; v) la posibilidad de proveer otros gases y productos medicinales; vi) la calidad y regularidad de sus servicios de mantenimiento; y, vii) la necesidad de cambiar el sistema de almacenamiento si se cambia de proveedor, lo que exige permanencia de la relación contractual para recuperar los “costos hundidos”, lo que es recogido en las bases de licitación de Cenabast.

Esta industria requiere de inversiones discretas y tiene capacidad rígida, presenta una demanda incierta y valor diferenciado de la seguridad del suministro.

5.16. Por último, expresa AL, en muchas ocasiones la compañía ha perdido clientes en manos de la competencia y en otras los ha ganado gracias a su eficiencia competitiva.

5.17. En lo que se refiere a la supuesta discriminación de precios imputada por la FNE, AL sostiene que ésta no es tal, por las siguientes razones: i) no hay discriminación sin poder de mercado; ii) las diferenciaciones de precios son lícitas; iii) no existen elasticidades diferentes; iv) las condiciones de especificidad en los contratos son inherentes en este mercado; v) el mayor precio que se está dispuesto a pagar por relaciones contractuales de largo plazo no es único; vi) las diferencias de precios constatadas no son más que el reflejo del justo trato que las empresas productoras de oxígeno dan a sus clientes, basado en criterios objetivos; vii) no es efectivo que AL otorgue un trato diferente e injustificado a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hospitales públicos respecto de los privados, o a los hospitales en general respecto de los clientes industriales vii) en los tres casos que menciona la FNE respecto de AL, la diferenciación de precios está justificada.

5.18. En lo que respecta a la licitación de Cenabast, según AL no existió infracción, en atención a los siguientes argumentos: i) AL presentó ofertas a la zona centro extendida, siendo en este caso la menos competitiva. En la zona norte tuvo la primera opción de igualar el precio de referencia y no quiso perderla en manos de sus competidores, habida cuenta de que sus plantas están localizadas precisamente en esa zona. Por lo tanto, existe una conducta coherente y racional en el actuar de AL en esta licitación; ii) la actuación de AL no ocasionó perjuicios o riesgos a la libre competencia, ya que la licitación fue exitosa; iii) en subsidio, la conducta imputada sería una tentativa desistida de acuerdo tácito anticompetitivo, en la que no existió abuso y que, por tanto, no es sancionable en nuestro derecho; iv) en subsidio, sólo pueden sancionarse las infracciones consumadas.

5.19. En subsidio de todo lo anterior, Air Liquide opone la excepción de prescripción, con similares argumentos a las otras requeridas, hasta agosto del año 2003.

5.20. Además, alega falta de responsabilidad en aplicación del artículo 32°, antiguo artículo 14, del DL 211, ya que en el año 2000 la H. Comisión Preventiva Central conoció de una denuncia en contra de AL y otras empresas sobre la supuesta acción concertada de las mismas para aumentar el precio del oxígeno medicinal y discriminar a los hospitales del Servicio de Salud de la Región Metropolitana, la que fue desechada. AL ha seguido desarrollando desde entonces sus actividades según el mismo patrón de conducta ya conocido y aprobado por la H. Comisión Preventiva Central. Por lo anterior, las acusaciones del requerimiento de autos no pueden desembocar, en concepto de AL, en multa o sanción alguna.

5.21. Air Liquide alega también la arbitrariedad e ilegalidad de la multa solicitada por la FNE, con los mismos argumentos que las otras requeridas (irretroactividad de la reforma al DL 211 en materia de montos de las multas; no haberse considerado la lesión efectivamente causada al bien jurídico libre competencia ni la participación en el mercado de esta requerida, ni los beneficios económicos relativos supuestamente percibidos en comparación con las otras requeridas. La solicitud de sanción es arbitraria, además, porque estima erróneamente los costos de AL, que en la zona norte, con el precio post—licitación de Cenabast,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sólo podrá recuperar sus costos variables, por lo que todo precio superior al de adjudicación no puede considerarse “sobrenormal”.

5.22. En virtud de todo lo expuesto, Air Liquide solicita el rechazo del requerimiento de autos, con costas.

5.23. A continuación, se reseñan las acusaciones específicas de la FNE respecto de Air Liquide y los descargos de esta compañía:

5.23.1. Primera acusación: reparto de mercado.

- a. Según la FNE, en el año 2002, el Hospital de Talagante compró a Air Liquide 39.800 m³ de oxígeno líquido a \$647/m³; mientras que el Hospital de San José de Maipo compró a Indura la misma cantidad a \$379/m³.

Air Liquide argumenta que el precio por m³ cobrado a este hospital ascendía a \$518. Además, el Hospital de Talagante está dentro de la ruta de despacho habitual de Air Liquide en la zona, mientras que el Hospital de San José de Maipo está completamente fuera de dicha zona.

- b. La FNE expone en su requerimiento que, en el año 2002, el Hospital de Llay—Llay compró a AGA 6.200 m³ de oxígeno gaseoso, a \$2.346/m³; mientras que, en la misma región, el Hospital de Quilpué compró a Air Liquide 5.400 m³ a \$1.099/m³.

Air Liquide argumenta que el contrato con el Hospital de Quilpué comprende el suministro de Oxígeno Líquido, Anhídrido Carbónico, Aire Medicinal, Óxido Nitroso y Equipamiento Medicinal; por lo que no es comparable con el Hospital de Llay—Llay, que es un cliente de menor tamaño. A lo anterior, debe sumarse que Air Liquide mantiene un contrato de suministro de oxígeno gaseoso para Hospitales Tipo 4 de todo el Servicio de Salud Viña; por ello, la operación logística actual se encuentra en el límite de lo posible para los camiones y tráileres criogénicos existentes, por lo que incorporar a un nuevo hospital (como Llay—Llay) implicaría incurrir en un aumento significativo de costos fijos.

5.23.2. Segunda acusación: determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- a. Según la FNE, Air Liquide vendió 31.000 m³ de oxígeno líquido al Hospital de Melipilla, a \$701/m³, y 29.500 m³ al Hospital El Pino (Santiago) a \$489/m³.

Air Liquide argumenta que el consumo del Hospital El Pino es de 84.000 m³ por año y no 29.500 m³ como dice el requerimiento. Este hospital fue el primero atendido por Air Liquide en la Región Metropolitana, por lo que se consideró un precio de negociación agresivo. Por otro lado, para tomar como cliente al Hospital de Melipilla, Air Liquide tuvo que comprar un nuevo equipo de distribución criogénica, lo que sólo se justificaba si el precio logrado justificaba dicha adquisición.

- b. La FNE expone en su requerimiento que Air Liquide vendió al Hospital de Tomé 8.200 m³ de oxígeno gaseoso a un precio unitario de \$1.773; y al Hospital Las Higueras de Talcahuano, 6.500 m³ a un precio de \$1.071/m³.

Air Liquide argumenta que el Hospital de Tomé es un establecimiento tipo 4, por lo que su consumo casi único es oxígeno. El total de facturación de Air Liquide es de aproximadamente 25 millones de pesos anuales. En cambio, el Hospital Las Higueras es un establecimiento tipo 1, que consume todo el conjunto de productos y servicios que ofrece Air Liquide, y cuya facturación anual asciende a 105 millones de pesos anuales.

- 5.23.3. Tercera acusación: los hospitales enfrentan precios muy por encima de lo que pagan otros clientes con niveles de consumo similares.

Air Liquide vendió en 2003, 100.930 m³ de oxígeno líquido al Hospital Roberto del Río, a un precio promedio de \$433/m³. En el mismo año, vendió 97.073 m³ de oxígeno líquido a Minera Meridian Ltda. a un precio de \$189/m³.

Air Liquide explica que posee una planta productora de gases en el norte del país, dedicada principalmente al suministro de oxígeno gaseoso a la Fundación de Alto Norte. Esta planta genera, a su vez, otros gases, como oxígeno líquido. A la fecha en que se firmó el contrato con Minera Meridian, la planta disponía de oxígeno líquido. Si bien el precio negociado con Meridian es bajo, se encuentra justificado atendido que al menos genera un ingreso no despreciable. Ninguno de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estos factores se encuentra presente en el caso del Hospital Roberto del Río;

6. A fs. 341 y 365, se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

- a. Factores que determinan las diferencias de precios entre el oxígeno medicinal y el destinado a usos industriales, e incidencia de cada uno de dichos factores en tales diferencias;
- b. Evolución de la participación en el mercado del oxígeno medicinal de cada una de las requeridas y de los precios cobrados por ellas, considerando los volúmenes asociados, entre el año 2000 y la fecha del requerimiento de autos;
- c. Existencia de barreras de entrada y de salida al mercado en cuestión. Hechos y circunstancias que las determinarían;
- d. Hechos y circunstancias de orden técnico, económico, geográfico o de otro tipo que justificarían la dispersión de precios pagados por los hospitales a las requeridas por el suministro de oxígeno medicinal entre el año 2000 y la fecha de la licitación de Cenabast;
- e. Hechos y circunstancias que acreditarían la existencia de concertación de precios entre las requeridas antes y durante el proceso de licitación de Cenabast; y,
- f. Época en la que se habrían cometido las conductas imputadas en el requerimiento y su duración.

De conformidad con los puntos antes señalados, las partes rindieron en autos la prueba de que se da cuenta en los apartados siguientes.

7. A fojas 97, **Praxair** acompaña los siguientes documentos:

- 7.1. Listados de deudas entre los años 2001 y 2005 de los hospitales Félix Bulnes, Instituto Traumatológico, Doctor Alejandro del Río, Doctor Ezequiel González Cortés y Clínica Vitacura.
- 7.2. Documento que da cuenta de los precios cobrados al Hospital Félix Bulnes, mes a mes, desde su inclusión como cliente de Praxair.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.3. Copia de la Resolución N° 964 de 14 de julio de 2004, que aprueba las Bases Especiales Administrativas y Técnicas de la Propuesta Pública para la Contratación del Servicio de Suministro de Oxígeno Criogénico Líquido, de Cenabast;

8. A fojas 202, **AGA** acompaña el informe económico “El mercado de servicios de suministro de oxígeno medicinal en Chile: consideraciones de libre competencia” del economista Rodrigo Vergara M., en el que se indica que el producto transado no es sólo oxígeno, sino que todos los servicios asociados para que éste llegue a su debido tiempo y cantidad. Por ende, no es un producto homogéneo, sino que es un servicio de suministro integral.

Agrega que el mercado de oxígeno para hospitales representa un 6,3% del total de las ventas de AGA. Dado este hecho, la relación costo—beneficio de la colusión vuelve difícil que se presente esta conducta en dicho mercado. Además, el hecho que se venda un producto heterogéneo hace más difícil el monitoreo de un eventual cartel.

Señala que los precios del oxígeno líquido y gaseoso a los hospitales públicos se han mantenido estables, y son inferiores a los que pagan los clientes privados.

En cuanto a la licitación de Cenabast, afirma que tanto la forma en que se efectuó como sus resultados permiten afirmar la ausencia de colusión.

No se observan barreras a la entrada de ningún tipo; tampoco existen barreras de salida. A pesar del reducido tamaño del mercado, éste es dinámico.

El estudio concluye que no hay ningún tipo de evidencia que permita hablar de colusión o poder de mercado en el caso de servicios de suministro de oxígeno para hospitales;

9. A fojas 515, la **Fiscalía Nacional Económica** acompaña copia simple del Dictamen de 8 de julio de 2005, recaído en el Expediente N° 064—011323/2001, de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia argentina;

10. A fojas 544, **Indura** acompaña informe del Estudio Allende & Brea de Argentina;

11. A fojas 624, la **Central de Abastecimiento del SNSS (Cenabast)** acompaña los siguientes documentos:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 11.1. Informe “Antecedentes solicitados en relación al Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Air Liquide Chile S.A. y otros”.
- 11.2. Informe final “Licitación Oxígeno Criogénico para los establecimientos del SNSS”, emitido por la Empresa Diseño & Gestión Consultores Limitada.
- 11.3. Cuadro que contiene todos los datos en los cuales se basó el proceso licitatorio de suministro de oxígeno líquido realizado por Cenabast;
12. A fojas 684, **AGA** acompaña los siguientes documentos:
 - 12.1. Resolución N° 606, dictada por la Comisión Resolutiva el 19 de junio de 2001, que rechaza cargos intentados por el hospital regional de Punta Arenas en contra de AGA.
 - 12.2. Dictamen N° 1139 dictado por la Comisión Preventiva Central el 20 de octubre de 2000, que desestima acusación del Instituto Traumatológico “Doctor Teodoro Gebauer W.” en contra de los proveedores.
 - 12.3. Lista de algunos clientes ganados y perdidos por AGA en los últimos años.
 - 12.4. Bases administrativas de la licitación convocada por el Instituto Nacional del Cáncer, que incluyen factores diversos al precio para adjudicar a un proveedor.
13. A fojas 694, **Indura** acompaña los documentos listados a continuación:
 - 13.1. Fotocopia autorizada del “Contrato de Suministro de Gases Medicinales y del Estanque Criogénico”, de 15 de abril de 1992, suscrito entre Indura y el Servicio de Salud de Coquimbo.
 - 13.2. Fotocopia autorizada de carta de 8 de mayo de 2000, que incluye “Cartola de Saldos por Documentos al 8/5/00”, enviada por Indura al Médico Director del Hospital de Ovalle.
 - 13.3. Fotocopia autorizada de carta de 27 de agosto de 2001, enviada por Indura al Hospital de Ovalle.
 - 13.4. Fotocopia autorizada de carta de 6 de marzo de 2002, enviada por Indura a Médico Directora del Hospital de Ovalle.
 - 13.5. Fotocopia autorizada de carta de 9 de abril de 2002, enviada por Indura a Médico Directora del Hospital de Ovalle.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 13.6. Fotocopia autorizada del Ord. N° 1273, de 17 de mayo de 2002, enviado por la Directora del Hospital de Ovalle a Indura.
- 13.7. Fotocopia autorizada del “Contrato de Suministro de Gases N° 03/ISP— 2002 entre Hospital de Ovalle e Indura S.A. Industria y Comercio”, que consta de instrumento privado de 16 de abril de 2002.
- 13.8. Legajo de fotocopias autorizadas de las siguientes cartas, todas dirigidas por Indura al Hospital de Ovalle:
 - 13.9. Carta Ac—06/2001, de 10 de Mayo de 2001;
 - 13.10. Carta sin número, de 6 de Agosto de 2001 (Ref. Suministro de Gases);
 - 13.11. Carta sin número, de 6 de Noviembre de 2001 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.12. Carta sin número, de 07 de Febrero de 2002 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.13. Carta sin número, de 08 de Mayo de 2002 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.14. Carta sin número, de 05 de Agosto de 2002 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.15. Carta sin número, de 26 de Agosto de 2002 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.16. Carta sin número, de 05 de Noviembre de 2002 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.17. Carta sin número, de 07 de Febrero de 2003 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.18. Carta sin número, de 09 de Mayo de 2003 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.19. Carta sin número, de 07 de Agosto de 2003 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.20. Carta sin número, de 05 de Noviembre de 2003 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.21. Carta sin número, de 04 de Febrero de 2004 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.22. Carta sin número, de 05 de Mayo de 2004 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.23. Carta sin número, de 05 de Agosto de 2004 (Ref. Reajuste de Precios);
 - 13.24. Carta sin número, de 08 de Noviembre de 2004 (Ref. Reajuste de Precios).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 13.25. Fotocopia autorizada del documento denominado "OFERTA TÉCNICA" "FORMULARIO DE PRESENTACIÓN DE LA EMPRESA", de fecha 20 de Agosto de 2004.
- 13.26. Legajo de documentos que contiene un mapa titulado "Hospital de Ovalle"; un "Reporte de Viaje", cuya fecha de inicio es 27 de Octubre de 2005 y de término es 28 de Octubre de 2005; la Guía de Despacho N° 2321398, emitida el 26 de Octubre de 2005; documento denominado "Boleto Oficial para Control Caminero" de fecha 26 de Octubre de 2005; fotocopia del Certificado de Análisis N° A05 26—10—66, emitido por Indura con fecha 26 de Octubre de 2005; y, "Hoja de Datos de Seguridad para Transporte", con vigencia desde el 13 de Agosto de 2003.
- 13.27. Fotocopia autorizada de la "Orden de Trabajo / Departamento de Mantención Criogénica" N° 03252, de fecha 2 de Marzo de 2004.
- 13.28. Legajo que contiene un cuadro resumen y fotocopia simple de todas las facturas emitidas por Indura al Hospital de Ovalle durante el año 2002 por LOX, que se individualizan en el cuadro resumen.
- 13.29. Fotocopia autorizada del "Contrato de Suministro de Gases entre Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente e Indura S.A. Industria y Comercio", que consta de instrumento privado de fecha 16 de Abril de 2003.
- 13.30. Fotocopia autorizada de la "Modificación de Contrato de Suministro de Gases entre Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente e Indura S.A. Industria y Comercio", que consta de instrumento privado de fecha 29 de Octubre de 2004.
- 13.31. Fotocopia autorizada de la Carta N° G—0059, de 14 de Julio de 2003, enviada por Indura al Jefe del Departamento de Pediatría del Hospital Sótero del Río. 16. Fotocopia autorizada de la "Orden de Trabajo / Departamento de Mantención Criogénica" N° 02385, de 16 de Octubre de 2003.
- 13.32. Fotocopia autorizada de la carta de fecha 5 de Febrero de 2004 enviada por Indura al hospital Sótero del Río.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 13.33. Fotocopia autorizada de la Carta N° G—0037, de 4 de Junio de 2004, enviada por Indura al Director del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente. 19.
- 13.34. Fotocopia autorizada de la Carta N° G—0049, de 1 ° de Septiembre de 2004, enviada por Indura al Subdirector Administrativo del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente.
- 13.35. Fotocopia autorizada de la carta de fecha 22 de Septiembre de 2004, enviada por el Subdirector Administrativo del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente a Indura.
- 13.36. Fotocopia autorizada del documento de fecha 14 de Octubre de 2004, mediante el cual el Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente agradeció a Indura el importante esfuerzo desplegado durante la Campaña de Invierno del año 2004.
- 13.37. Fotocopia autorizada de la Carta N° G—0058, de 18 de Octubre de 2004, enviada por Indura al Subdirector Administrativo del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente.
- 13.38. Fotocopia autorizada de la Carta N° G—054, de 28 de Julio de 2005, enviada por Indura al Director Administrativo del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente.
- 13.39. Fotocopia autorizada del documento denominado "Recepción de Obras" de fecha 27 de Mayo de 2003.
- 13.40. Fotocopia autorizada del documento denominado "Recepción de Obras" de fecha 30 de Mayo de 2003.
- 13.41. Fotocopia autorizada del documento denominado "Recepción de Obras" de fecha 8 de Julio de 2003.
- 13.42. Fotocopia autorizada del documento denominado "Recepción de Obras" de fecha 12 de Agosto de 2003.
- 13.43. Fotocopia autorizada del documento denominado "Recepción de Obras" de fecha 26 de Febrero de 2004.
- 13.44. Fotocopia autorizada del documento denominado "Recepción de Obras" de fecha 08 de Junio de 2004 (Hospital Sótero del Río).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 13.45. Fotocopia autorizada del documento denominado "Recepción de Obras" de fecha 08 de Junio de 2004 (Hospital San José de Maipo).
- 13.46. Fotocopia autorizada del documento denominado "Recepción de Obras" de fecha 26 de Julio de 2004.
- 13.47. Fotocopia autorizada de la "Orden de Trabajo / Departamento de Mantenición Criogénica" N° 01977, de fecha 28 de Mayo de 2003.
- 13.48. Fotocopia autorizada de la carta de fecha 28 de Mayo de 2003, enviada por el Jefe de Servicios Generales del Hospital San José de Maipo a Indura.
- 13.49. Fotocopia autorizada del documento denominado "Inspección y Mantenición Preventiva de Estación Criogénica" N° 1327, de fecha 29 de Mayo de 2003.
- 13.50. Fotocopia autorizada de la "Orden de Trabajo / Departamento de Mantenición Criogénica" N° 01991, de fecha 10 de Junio de 2003.
- 13.51. Fotocopia autorizada del documento denominado "Trabajos Realizados" N° 00865, de fecha 7 de Enero de 2004.
- 13.52. Fotocopia autorizada del documento denominado "Trabajos Realizados" N° 01062, de fecha 29 de Marzo de 2004.
- 13.53. Fotocopia autorizada de la "Orden de Trabajo / Departamento de Mantenición Criogénica" N° 03266, de fecha 6 de Abril de 2004.
- 13.54. Fotocopia autorizada del documento denominado "Reuniones de Control de Pérdidas" de fecha 06 de Abril de 2004.
- 13.55. Fotocopia autorizada de la hoja de asistencia correspondiente al documento anterior.
- 13.56. Fotocopia autorizada del documento denominado "Trabajos Realizados" N° 01083, de fecha 3 de Agosto de 2004.
- 13.57. Fotocopia autorizada del documento denominado "Trabajos Realizados" N° 01088, de fecha 18 de Agosto de 2004.
- 13.58. Set de 2 fotografías en blanco y negro en las cuales aparecen las instalaciones de Indura en las áreas de Pediatría y Block Central del Hospital Sótero del Río.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 13.59. Fotocopia simple de la noticia titulada "Más oxígeno para Campaña de Invierno", publicada en el Diario La Cuarta con fecha 4 de Mayo de 2003. 45.
- 13.60. Fotocopia simple de la noticia titulada "Oxígeno puro", publicada en el Diario La Hora de la Tarde con fecha 14 de Mayo de 2003.
- 13.61. Carta de fecha 23 de Noviembre de 2005, enviada por el Jefe de Ingeniería y Operaciones del Hospital Dr. Sótero del Río a Indura.
- 13.62. Fotocopia simple de la noticia titulada "150 Enfermos son Evacuados por Incendio", publicada en el Diario El Mercurio con fecha 8 de Septiembre de 2003, obtenida en la página *web* www.infomercurio.cl.
- 13.63. Fotocopia simple de la noticia titulada "Incendio en Hospital Sótero del Río deja pérdidas por más de \$ 100 millones", publicada en el Diario La Tercera con fecha 8 de Septiembre de 2003, obtenida en la página *web* www.latercera.cl.
- 13.64. Legajo que contiene un cuadro resumen y fotocopia simple de todas las facturas emitidas por Indura al Hospital San José de Maipo durante el año 2003 por LOX, que se individualizan en el cuadro resumen.
- 13.65. Legajo que contiene un cuadro resumen y fotocopia simple de todas las facturas emitidas por Indura al Hospital Sótero del Río durante el año 2003 por LOX, que se individualizan en el cuadro resumen.
- 13.66. Fotocopia autorizada del "Contrato de Suministro de Oxígeno Medicinal", que consta de instrumento privado de fecha 15 de Febrero de 1993, suscrito entre Indura y el Hospital de Peñaflor.
- 13.67. Fotocopia autorizada del "Contrato de Suministro de Gases entre Hospital de Peñaflor e Indura S.A. Industria y Comercio", que consta de instrumento privado de fecha 3 de Mayo de 2004.
- 13.68. Fotocopia autorizada de la "Orden de Trabajo / Departamento de Mantención Criogénica" N° 03258, de fecha 24 de Marzo de 2004.
- 13.69. Legajo de fotocopias autorizadas de las siguientes cartas, todas dirigidas por Indura al Hospital de Peñaflor: Carta CA—007/00, de 14 de Enero de 2000; Carta CA—068/00, de 18 de Abril de 2000; Carta CA—132/00, de 17 de Julio de 2000; Carta CA—161/00, de 13 de Octubre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de 2000; Carta CA— 4/01, de 18 de Enero de 2001; Carta CA— 5/01, de 11 de Abril de 2001; Carta Ac 29 2001, de 06 de Julio de 2001; Carta sin número, de 05 de Octubre de 2001 (Ref. Reajuste de Precios); Carta sin número, de 7 de Enero de 2002 (Ref. Reajuste de Precios); Carta sin número, de 05 de Julio de 2002 (Ref. Reajuste de Precios); Carta sin número, de 04 de Octubre de 2002 (Ref. Reajuste de Precios); Carta sin número, de 09 de Enero de 2003 (Ref. Reajuste de Precios); Carta sin número, de 10 de Abril de 2003 (Ref. Reajuste de Precios); Carta sin número, de 07 de Julio de 2003 (Ref. Reajuste de Precios); Carta sin número, de 06 de Octubre de 2003 (Ref. Reajuste de Precios); y, Carta sin número, de 06 de Enero de 2004 (Ref. Reajuste de Precios).

- 13.70. Legajo de documentos que contiene un mapa titulado "Hospital de Peñaflores"; un "Reporte de Viaje", cuya fecha de inicio y término es 6 de Octubre de 2005; la Guía de Despacho N° 2321108, emitida el 6 de Octubre de 2005; documento denominado "Boleto Oficial para Control Caminero" de fecha 6 de Octubre de 2005; fotocopia del Certificado de Análisis N° A05 06—10—16, emitido por Indura con fecha 6 de Octubre de 2005; y, "Hoja de Datos de Seguridad para Transporte", con vigencia desde el 13 de Agosto de 2003. 56.
- 13.71. Legajo que contiene un cuadro resumen y fotocopia simple de todas las facturas emitidas por Indura al Hospital de Peñaflores durante el año 2002 por GOX, que se individualizan en el cuadro resumen.
- 13.72. Fotocopia autorizada del "Contrato de Suministro de Gases Medicinales", que consta de instrumento privado de fecha 01 de Enero de 1996, suscrito entre Indura y el Hospital Sanatorio de Valparaíso.
- 13.73. Fotocopia autorizada de la carta de fecha 10 de Mayo de 2001, enviada por Indura al Subdirector Administrativo del Hospital Sanatorio de Valparaíso.
- 13.74. Fotocopia autorizada del "Contrato de Suministro de Gases entre Hospital Valparaíso e Indura S.A. Industria y Comercio", que consta de instrumento privado de fecha 26 de Diciembre de 2001.
- 13.75. Fotocopia autorizada de la Resolución Exenta N. 111 de 25 de Febrero de 2003, dictada por el Director del Hospital Dr. Eduardo Pereira.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 13.76. Fotocopia autorizada de la Resolución Exenta N. 0037 de 22 de Enero de 2004, dictada por el Director del Hospital Dr. Eduardo Pereira.
- 13.77. Fotocopia autorizada de la carta de fecha 7 de Enero de 2002, enviada por Indura al Hospital Sanatorio de Valparaíso.
- 13.78. Legajo de fotocopias autorizadas de las siguientes cartas, todas dirigidas por Indura al Hospital Doctor Eduardo Pereira Ramírez: Carta de 5 de Julio de 2002, Ref. Reajuste de Precios; Carta de 9 de Enero de 2003, Ref. Reajuste de Precios; Carta de 7 de Julio de 2003, Ref. Reajuste de Precios; Carta de 6 de Enero de 2004, Ref. Reajuste de Precios; Carta de 8 de Julio de 2004, Ref. Reajuste de Precios; y, Carta G—006, de 20 de Enero de 2005, Ref. Reajuste Precios Gases Medicinales.
- 13.79. Fotocopia autorizada de la "Orden de Trabajo / Departamento de Mantención Criogénica" N° 02112, de fecha 4 de Diciembre de 2003.
- 13.80. Legajo que contiene un cuadro resumen y fotocopia simple de todas las facturas emitidas por Indura al Hospital Eduardo Pereira durante el año 2002 por LOX, que se individualizan en el cuadro resumen.
- 13.81. Fotocopia autorizada del "Contrato de Suministro de Gases Medicinales", que consta de instrumento privado de fecha 24 de Octubre de 1994, suscrito entre Indura y el Hospital Base de Linares.
- 13.82. Fotocopia autorizada de la carta CA397/98 de 21 de Agosto de 1998, enviada por Indura al Hospital de Linares.
- 13.83. Legajo de fotocopias autorizadas de las siguientes cartas, todas dirigidas por Indura al Hospital de Linares: Carta CA—042/00 de 14 de Marzo de 2000; Carta CA—110/00 de 16 de Junio de 2000; Carta CA—154/00 de 11 de Septiembre de 2000; Carta CA—163/00 de 15 de Diciembre de 2000; Carta CA—13/01 de 15 de Marzo de 2001; Carta Ac—21/2001 de 7 de Junio de 2001; Carta sin número, de fecha 7 de Septiembre de 2001, Ref. Suministro de Gases; Carta sin número, de fecha 6 de Diciembre de 2001, Ref. Reajuste de Precios; Carta sin número, de fecha 7 de Marzo de 2002, Ref. Reajuste de Precios; Carta sin número, de fecha 7 de Junio de 2002, Ref. Reajuste de Precios; Carta sin número, de fecha 6 de Septiembre de 2002, Ref. Reajuste de Precios; Carta sin número, de fecha 7 de Diciembre de 2002, Ref.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Reajuste de Precios; Carta sin número, de fecha 10 de Marzo de 2003, Ref. Reajuste de Precios; Carta sin número, de fecha 9 de Junio de 2003, Ref. Reajuste de Precios; Carta sin número, de fecha 8 de Septiembre de 2003, Ref. Reajuste de Precios; Carta sin número, de fecha 4 de Diciembre de 2003, Ref. Reajuste de Precios; Carta sin número, de fecha 5 de Marzo de 2004, Ref. Reajuste de Precios; Carta sin número, de fecha 8 de Junio de 2004, Ref. Reajuste de Precios; y, Carta sin número, de fecha 6 de Septiembre de 2004, Ref. Reajuste de Precios.

- 13.84. Fotocopia autorizada de la "Orden de Trabajo / Departamento de Mantención Criogénica" N° 02142, de fecha 18 de Febrero de 2004.
- 13.85. Legajo que contiene un cuadro resumen y fotocopia simple de todas las facturas emitidas por Indura al Hospital de Constitución durante el año 2002 por GOX, que se individualizan en el cuadro resumen.
- 13.86. Legajo que contiene un cuadro resumen y fotocopia simple de todas las facturas emitidas por Indura al Hospital de Linares durante el año 2002 por GOX, que se individualizan en el cuadro resumen.
- 13.87. Fotocopia autorizada del documento denominado "Bases Administrativas Generales para Licitaciones Públicas", que incluye las "Bases Administrativas Especiales" para la propuesta "Servicio de Suministro de Gases Clínicos para los Hospitales Dependientes del Servicio de Salud O'Higgins".
- 13.88. Fotocopia autorizada de la carta de 22 de Diciembre de 2003 enviada por Indura al Servicio de Salud O'Higgins y de los documentos individualizados en las letras a), b) y c) de la misma carta.
- 13.89. Fotocopia autorizada del documento denominado "Acta de Apertura" correspondiente a la propuesta pública "Suministro de Gases Clínicos Hospitales VI Región".
- 13.90. Fotocopia autorizada de la escritura pública de fecha 29 de Marzo de 2004, otorgada en la Notaría de Graneros de don Luis Gerardo Carvallo Salazar, repertorio N° 361—2004, en la cual consta el Contrato de Suministro de Gases Clínicos firmado entre el Servicio de Salud del Libertador Bernardo O'Higgins e Indura.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 13.91. Fotocopia autorizada del Ordinario N° 1695 de 1 de Julio de 2005 enviado por el Director del Hospital Regional de Rancagua a Indura.
- 13.92. Certificado de fecha 28 de Noviembre de 2005, emitido por el Jefe de Abastecimiento del Hospital Regional de Rancagua.
- 13.93. Fotocopia de carta de 30 de Abril de 2001 enviada por el Director del Hospital Dr. Félix Bulnes Cerda a Indura.
- 13.94. Carta de fecha 28 de Noviembre de 2005 enviada por Tectrans Ltda. a Indura, que contiene un análisis de los aspectos más importantes de distribución y despacho de oxígeno líquido para los hospitales que se indican en la misma.
- 13.95. Fotocopia autorizada del "Acta de Entrega" de fecha 30 de Abril de 1998 firmada entre Indura y el Hospital Fach.
- 13.96. Fotocopia autorizada de la carta de 28 de Septiembre de 2001 enviada por el Director del Hospital Fach a Indura.
- 13.97. Fotocopia autorizada de la carta G—0011 de 21 de Noviembre de 2001, enviada por Indura al Hospital Fach.
- 13.98. Fotografía en blanco y negro en la cual aparecen los distintos formatos de cilindros GOX medicinal comercializados por Indura.
- 13.99. Legajo que contiene fotocopia simple de las siguientes facturas: Invoice No. 533574 de 21 de Agosto de 2002; Invoice No. 573087 de 17 de Junio de 2003; Invoice No. 720031 de 19 de Enero de 2005; Invoice No. 720032 de 19 de Enero de 2005; Invoice No. 721921 de 25 de Enero de 2005; Invoice No. 731479 de 22 de Febrero de 2005; y, Invoice No. G0310 de 22 de Julio de 2005.
- 13.100. Cuadernillo que contiene información sobre proveedores de cilindros y estanques de oxígeno, preparado sobre la base de información disponible en internet.
- 13.101. Impresión de la página de internet del Hospital Carlos Van Buren, obtenida en el sitio www.hcvb.cl con fecha 26 de Noviembre de 2005.
- 13.102. Legajo de 3 hojas que contiene información relativa a las plantas P.S.A. desarrolladas por Digas S.A., obtenida en el sitio www.digas.cl con fecha 26 de Noviembre de 2005.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 13.103. Legajo de 4 hojas que contiene información obtenida en el sitio www.oxair.com con fecha 26 de Noviembre de 2005.
- 13.104. Legajo de 4 hojas que contiene información obtenida en el sitio www.oxymat.dk con fecha 26 de Noviembre de 2005.
- 13.105. Legajo de 4 hojas que contiene información obtenida en el sitio www.ogsi.com con fecha 26 de Noviembre de 2005.
- 13.106. Legajo de 2 hojas que contiene información obtenida en el sitio www.airsep.com con fecha 26 de Noviembre de 2005.
- 13.107. Legajo de 5 hojas que contiene información obtenida en el sitio www.holtecllc.com con fecha 26 de Noviembre de 2005.
- 13.108. Legajo de 6 hojas que contiene información obtenida en el sitio www.airoxnigen.com con fecha 26 de Noviembre de 2005.
- 13.109. Fotocopia autorizada de la carta de 24 de Noviembre de 2005 enviada por el Jefe de Ingeniería y Servicios del Hospital Dipreca a Indura.
- 13.110. Carpeta que contiene 11 insertos con información sobre las soluciones tecnológicas en gases medicinales y equipos médicos desarrolladas por el área médica de Indura.
- 13.111. Ejemplar N° 78 de la revista "Mundo Indura", correspondiente a Septiembre de 2004, de la cual cabe destacar el contenido de la página 14.
- 13.112. Ejemplar N° 81 de la revista "Mundo Indura", de Junio de 2005, de la cual cabe destacar el contenido de la página 11.
- 13.113. Fotocopia autorizada del Convenio que consta de instrumento privado de 15 de Junio de 2005, suscrito entre Indura y la Universidad de Valparaíso.
- 13.114. Legajo que contiene fotocopia de lo siguiente: carta G—0114 de 16 de Agosto de 2002 enviada por Indura al Instituto de Salud Pública; Acta de Aprobación de Proyecto de 25 de Julio de 2002, enviada por el Coordinador del Comité de Bioética e Investigación del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente al Hospital Padre Hurtado; carta G—0118 de 30 de Agosto de 2002 enviada por Indura al Comité de Evaluación Ético—Clínico del Servicio de Salud Metropolitano Sur

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Oriente; Certificado de fecha 28 de Agosto de 2002, emitido por ACE Seguros S.A.; Protocolo "Evaluación del Efecto de la Nebulización de Salbutamol realizada con Helíox®, en comparación con la utilización de Oxígeno, en Niños con Crisis de Asma Moderada o Severa"; y, documento denominado "Empleo Heliox (70/30) en Niños con Laringitis Aguda Obstructiva".

- 13.115. Legajo que contiene fotocopia de lo siguiente: carta de 5 de Julio de 2002 enviada por el Presidente del Comité de Ética Científica al Dr. Fernando Descalzi M., Investigador Principal del "Estudio Administración de la Mezcla de Gas Heliox® 70/30 en Pacientes EPOC con Falla Respiratoria Hipercapnica (Aguda sobre Crónica) en Ventilación Mecánica no Invasiva"; documento denominado "Protocolo de Aprobación de Proyectos Clínicos" de fecha 5 de Julio de 2002; Protocolo patrocinado por Indura, cuyo producto investigado es la Mezcla de Gas Heliox® 70/30 para indicación de uso en ventilación mecánica no invasiva.
- 13.116. Fotocopia simple de la noticia titulada "Cenabast mantiene deuda de 9 mil millones de pesos con industria farmacéutica", publicada en el diario La Nación con fecha 23 de Noviembre de 2005.
- 13.117. Página C 3 de la edición del diario El Mercurio de fecha 31 de Diciembre de 2001, en la cual se destaca la noticia titulada "Las cuentas pendientes del Estado deudor".
- 13.118. Fotocopia autorizada de la Solicitud de Registro de Producto Farmacéutico Nuevo N° SRN/20205/02 de fecha 30 de Septiembre de 2002.
- 13.119. Fotocopia autorizada del Ordinario N° 9750 de 3 de Diciembre de 2003 enviado por el Jefe del Departamento de Control Nacional del ISP a Indura, que incluye la resolución que aprueba la norma técnica para el cumplimiento de BPM para la fabricación, llenado, almacenamiento y distribución de gases medicinales y el correspondiente Anexo Técnico.
- 13.120. Cuadernillo que contiene la Norma Chilena Oficial NCh 2168.Of91, referente a gases comprimidos — oxígeno — Clasificación, requisitos de calidad y métodos de muestreo y análisis.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 13.121. Documento de fecha 14 de Noviembre de 2005, preparado por "Latitud Consultores", en el cual se describe el proceso de producción para oxígeno medicinal de Indura, firmado por la Dra. Alejandra Quirós S.
- 13.122. Documento denominado "Medical Oxygen Concentrator Central Supply System: For Use with Nonflammable Medical Gas Piping Systems", del National Standard of Canada.
- 13.123. "Cuadro Comparativo en Instalaciones" preparado por Indura, que confronta las distintas instalaciones criogénicas del área medicinal con el área metalmecánica, tomando en consideración las instalaciones del Hospital del Tórax con las de la Maestranza Dicsa Tricon.
- 13.124. Documento que contiene información publicada por la U.S. Food and Drug Administration (FDA) relativa a los gases de uso medicinal.
- 13.125. Documento obtenido desde el sitio de internet <http://deis.minsal.cl>, que contiene un listado de hospitales según tipo de complejidad por Servicio de Salud.
- 13.126. Carta de fecha 17 de Noviembre de 2005 enviada por don Carlos M. Brea, del Estudio de Abogados Allende & Brea, al suscrito, en relación al Dictamen N° 510.
- 13.127. Certificado emitido por Ernst & Young con fecha 21 de Noviembre de 2005. 119. Cuadernillo que contiene la presentación de la firma de auditores, consultores y asesores tributarios Guerra & Raby Asociados.
- 13.128. Cuadernillo que contiene "Revisión antecedentes cuantitativos contenidos en respuesta de Indura S.A., Industria y Comercio de fecha 9 de Septiembre de 2005 al Requerimiento del Fiscal Nacional Económico", fechado 11 de Noviembre de 2005, preparado por Guerra & Raby Asociados.
- 13.129. Cuadernillo que contiene el "Informe Revisión Antecedentes cuantitativos solicitado por Indura S.A., Industria y Comercio, con fecha 28 de noviembre de 2005", fechado 7 de Diciembre de 2005, preparado por Guerra & Raby Asociados.
- 13.130. Informe denominado "El Mercado del Oxígeno Medicinal y las Imputaciones de Conductas Reñidas con la Libre Competencia",

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

preparado por don Jorge A. Quiroz a solicitud de Indura, fechado Noviembre de 2005.

El informe da cuenta de una serie de hechos estilizados comunes a la mayoría de los mercados del mundo (en particular, la coexistencia de contratos de largo plazo y dispersión de precios en el mercado); esto daría cuenta de que lo observado en el mercado del oxígeno medicinal en Chile está en línea con lo observado en muchos mercados.

Continúa con una descripción de las tecnologías de producción de oxígeno, un análisis de la demanda de oxígeno medicinal e industrial y un análisis del equilibrio de mercado observado.

Posteriormente, desarrolla un modelo teórico simple para explicar las diferencias de precios observadas entre clientes medicinales e industriales.

En el informe también se analizan los precios del oxígeno medicinal vendido a hospitales públicos, llegando a concluir que existe una marcada relación negativa entre los volúmenes vendidos y los precios cobrados.

Se analizan las barreras a la entrada del mercado. También se analizan las estrategias de las empresas en la licitación de Cenabast, concluyendo que la conducta seguida por las empresas fue lógica.

14. A fojas 717, la **Fiscalía Nacional Económica** acompaña los siguientes documentos:

14.1. Ordinario N° 859, de 11 de agosto de 2004, remitido por el Sr. Director de Cenabast, al Sr. Fiscal Nacional Económico, acompañando los siguientes documentos adjuntos: Licitación de oxígeno para los Establecimientos del SNSS. Validación del Modelo de Licitación Propuesto, confeccionado por Diseño y Gestión Consultores S.A.; Consumos año 2002 de Oxígeno Líquido; Contratos vigentes Oxígeno Líquido; Consumos año 2002 de Oxígeno Gaseoso; Contratos vigentes Oxígeno Gaseoso; y, Copia de Resolución Exenta que aprueba el texto de Bases Especiales Administrativas y Técnicas de Propuesta Pública para la contratación del Servicio de Suministro de Oxígeno Criogénico Líquido, para los establecimientos hospitalarios del Sistema Nacional de Servicios de Salud.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 14.2. Copia del acta de Remate a la Inversa y de la Comisión de Adquisiciones de Cenabast. Propuesta pública 621—460—LP04.
- 14.3. Carta de Indura al Sr. Fiscal Nacional Económico, de 30/09/2004, remitiendo información solicitada, mediante Oficio Ordinario N° 1073, de 06/09/2004, de la FNE.
- 14.4. Declaración Jurada de don Claudio Rodrigo Farah Meza.
- 14.5. Informe Económico sobre el Mercado del Oxígeno, elaborado para la Fiscalía Nacional Económica por el economista Sr. Francisco Peralta.

Analiza el mercado de gases industriales a nivel mundial, para luego centrarse en Chile. Estudia los precios observados y las diferencias de los mismos. Estudia además las barreras a la entrada al mercado, y barreras a cambiarse de proveedor. Por último, analiza el proceso de licitación de la Cenabast, señalando que resultó muy trabado y con un muy bajo nivel de competencia entre las empresas;

15. A fojas 753, **Praxair** acompaña los siguientes documentos:
 - 15.1. Copia simple de la Norma Chilena Oficial Nch 1025, Of90
 - 15.2. Copia simple de la Norma Chilena Oficial Nch 2196, Of94
 - 15.3. Copia simple de la Norma Chilena Oficial Nch 2168, Of91
 - 15.4. Copia simple del Proyecto Chileno de Norma Técnica sobre el Cumplimiento de Buenas Prácticas de Manufactura para la Fabricación, Llenado, Almacenamiento y Distribución de Gases Medicinales (“Proyecto BPM”).
 - 15.5. Copia simple de Oficios Ordinarios N° 4C/731 y N°4C/732 del Ministerio de Salud, de fecha 10 y 14 de febrero de 2000, respectivamente.
 - 15.6. Copia simple de Oficio Ordinario N° 1331 del Instituto de Salud Pública de 3 de marzo de 2000.
 - 15.7. Copia Simple de “Solicitud de Registro Farmacéutico – Carátula de Presentación” presentada por Praxair ante el Instituto de Salud Pública con fecha 16 de julio de 2003.
 - 15.8. Copia simple de propuesta privada del Servicio de Salud Metropolitano Oriente para la contratación de servicio de abastecimiento de gases

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

clínicos para el Hospital Santiago Oriente “Dr. Luis Tisné Brousse” de fecha marzo de 2002.

- 15.9. Copia simple de contrato celebrado entre Praxair y Pontificia Universidad Católica de Chile Campus Clínico San Carlos por instrumento privado de fecha 25 de abril de 2001.
- 15.10. Copia simple de contrato celebrado entre Praxair y el Hospital de Urgencia Asistencia Pública “Dr. Alejandro del Río” por instrumento privado de fecha 22 de diciembre de 2000.
- 15.11. Copia simple de contrato celebrado entre Praxair y el Instituto Traumatológico por instrumento privado de fecha 27 de mayo de 2003.
- 15.12. Copia simple de Resolución Exenta N° 411 del Servicio de Salud Metropolitano Sur de fecha 31 de marzo de 2000 que aprueba contrato celebrado entre Praxair y el Hospital Ezequiel González Cortés.
- 15.13. Copia simple de Resolución Exenta N° 869 de fecha 9 de mayo de 2005 que aprueba el contrato de suministro de oxígeno líquido, celebrado entre Praxair y la Central Nacional de Abastecimiento (“Cenabast”).
- 15.14. Copia simple de contrato de suministro de oxígeno criogénico líquido celebrado entre Praxair y Cenabast por escritura pública otorgada con fecha 6 de mayo de 2005 en la Notaría de Santiago de don Andrés Rubio Flores.
- 15.15. Copia simple de Resolución N° 964 de 14 de julio de 2004, que aprueba las Bases Especiales Administrativas y Técnicas de la Propuesta Pública para la Contratación del Servicio de Suministro de Oxígeno Criogénico Líquido.
- 15.16. Copia simple de Bases de la Licitación pública signada con el ID N° 1175—533—LE05 del portal ChileCompra publicadas con fecha 12 de octubre de 2005. Licitación abierta por el Servicio de Salud de la Araucanía Sur para el suministro de oxígeno criogénico líquido para el Hospital de Nueva Imperial.
- 15.17. Copia simple de Ord. N° 1576 del Servicio de Salud de la Araucanía Sur de fecha 8 de noviembre de 2005.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 15.18. Copia simple de contrato de suministro de oxígeno celebrado entre Praxair y Fosfoquim S.A. por instrumento privado de fecha 26 de abril de 1999.
- 15.19. Factores que inciden en diferencias de precios preparado en el informe económico denominado “Praxair y la venta de oxígeno a hospitales públicos” de los economistas don Alexander Galetovic y don Ricardo Sanhueza, de diciembre de 2005.
- Este informe se centra en la licitación de Cenabast, y en el comportamiento de Praxair en la misma. Desarrollando un modelo de teoría de juegos, afirma que no es razonable concluir que Praxair hubiese estado coludido con el resto de los participantes de la licitación. Tampoco resulta razonable pensar que Praxair se hubiese repartido a los clientes con las otras tres requeridas.
- 15.20. Copia simple de todas las facturas emitidas a los clientes medicinales de Praxair en el período comprendido entre el año 2000 y el primer semestre de 2005.
- 15.21. Dictamen N° 1139 de la Comisión Preventiva Central de fecha 20 de octubre de 2000.
- 15.22. Copia simple de preguntas y respuestas sobre las Bases de Licitación de Oxígeno Líquido de Cenabast.
- 15.23. Copia simple de cuentas corrientes de acreedores de Praxair en el período comprendido entre los meses de marzo de 1999 y junio de 2000.
- 15.24. Copia simple de facturas emitidas por Praxair relativas a la compra de estanques criogénicos para establecimientos hospitalarios.
- 15.25. Copia simple de Bases de Licitación publicadas por el Servicio de Salud Metropolitano Central en el portal ChileCompra para el suministro de gases clínicos para el Hospital Clínico San Borja Arriarán.
- 15.26. Copia simple de la carta enviada por Praxair al Servicio de Salud Metropolitano Central con fecha 24 de agosto de 2005, en relación con la licitación para el suministro de gases clínicos para el Hospital San Borja Arriarán.
- 15.27. Copia simple de “Carta Invitación” enviada por el Director del Servicio de Salud de Valparaíso/San Antonio a Praxair de fecha 28 de agosto de 2002.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Propuesta privada para la “Contratación del Servicio de Suministro de Oxígeno Domiciliario para pacientes del Hospital Carlos Van Buren, Hospital Dr. Eduardo Pereira Ramírez de Valparaíso y del Hospital Claudio Vicuña de San Antonio”.

- 15.28. Copia Simple de las respuestas entregadas por el Servicio de Salud de la Araucanía Sur frente a las consultas formuladas dentro del procedimiento de contratación pública identificado en ChileCompra con el ID N° 1175—533—LE05.
- 15.29. Copia autorizada del expediente del H. Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 08—2005. Acción de impugnación ejercida por Praxair contra el Servicio de Salud de la Araucanía Sur.
- 15.30. Copia simple de Resolución Exenta N° 411 de 31 de marzo de 2000 dictada por el Servicio de Salud Metropolitano Sur en relación con el suministro de oxígeno y otros gases de uso medicinal al Hospital Ezequiel González Cortés.
- 15.31. Copia simple de Bases de Licitación Pública convocada por Cenabast por Resolución Exenta N°86 de fecha 11 de enero de 2005, destinada a adquirir estaciones criogénicas para establecimientos hospitalarios.
- 15.32. Copia simple de Bases de Licitación Pública convocada por Cenabast, mediante Resolución Exenta N°587, de fecha 6 de abril de 2005, destinada a adquirir estaciones criogénicas para establecimientos hospitalarios del Sistema Nacional de Servicios de Salud.
- 15.33. Copia simple de Resolución Exenta N°1055 de Cenabast de fecha 31 de mayo de 2005 que resuelve licitación pública ID— 621—043—LP05 a favor de Praxair, respecto de 30 estaciones criogénicas.
- 15.34. Copia simple de Resolución Exenta N°305 de Cenabast de fecha 17 de febrero de 2005, que fija las bases de licitación pública para la compra de 47 estanques criogénicos y 47 vaporizadores ambientales para establecimientos hospitalarios del S.N.S.S. con financiamiento a través de leasing financiero.
- 15.35. Copia simple de Resolución Exenta N°658 de Cenabast de fecha 12 de abril de 2005 que resuelve licitación pública ID— 621—009—LP05, relativa a la adquisición de 47 estanques criogénicos y sus respectivos vaporizadores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 15.36. Copia simple de carta enviada por Praxair al Ministerio de Economía con fecha 8 de agosto de 2002.
- 15.37. Copia simple de carta enviada por Praxair al Ministerio de Salud con fecha 13 de marzo de 2002.
- 15.38. Copia simple de listados de deudas entre los años 2001 y 2005 de los Hospitales Félix Bulnes, Instituto Traumatológico, Doctor Alejandro del Río, Ezequiel González Cortés y Clínica Vitacura.
- 15.39. Copia simple de contrato de suministro de gases medicinales celebrado entre Praxair y la Posta Central por instrumento privado de fecha 22 de diciembre de 2000.
- 15.40. Contrato celebrado entre Praxair y el Servicio de Salud Metropolitano Sur para el suministro de oxígeno y otros gases medicinales al Hospital Ezequiel González Cortés con fecha 28 de marzo de 2000.
- 15.41. Copia simple de carta dirigida por Praxair a Hospital E. González Cortés con fecha 9 de enero de 2001.
- 15.42. Copia simple de informes de variación de precios de fecha 28 de septiembre y 1 de octubre de 2001.
- 15.43. Copia simple de informes de variación de precios al 2 de octubre y 18 de octubre de 2001.
- 15.44. Copia simple de informes de variación de precios al 19 de marzo y 3 de mayo de 2002.
- 15.45. Copia simple de informe de variación de precios al 17 de octubre de 2002.
- 15.46. Copia simple de planilla de incorporación o modificación de clientes de 2 de enero de 2003.
- 15.47. Listado y gráfico de deuda histórica del Hospital E. González Cortés.
- 15.48. Copia simple de borrador de contrato de suministro entre Praxair y Hospital Félix Bulnes de fecha 23 de octubre de 2001.
- 15.49. Copia simple de borrador de contrato de suministro entre Praxair y Hospital Félix Bulnes de fecha 2 de junio de 2003.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 15.50. Copia simple de planilla de precios cobrados al Hospital Félix Bulnes durante el período comprendido entre el año 2001 y 2005
- 15.51. Copia simple de planilla de datos del cliente al 18 de octubre de 2001
- 15.52. Copia simple de planilla de incorporación o modificación de clientes de fecha 25 de febrero de 2002
- 15.53. Copia simple de informe de variación de precios de fecha 17 de febrero de 2003
- 15.54. Copia simple de Memorando de Oficina de fecha 6 de noviembre de 2001 enviado por Felipe Donoso a Mario Puig relativo a reunión con Hospital Félix Bulnes
- 15.55. Listado de deudas del Hospital Félix Bulnes entre los años 2001 y 2005
- 15.56. Gráfico de deudas del Hospital Félix Bulnes
- 15.57. Copia simple de contrato de suministro celebrado entre Praxair y ALP (Fundación Arturo López Pérez) por instrumento privado de fecha 11 de junio de 2003.
- 15.58. Copia simple de planilla de costo de instalación de Praxair N° 23007 en ALP de fecha 19 de febrero de 2003.
- 15.59. Copia simple de propuesta base enviada por Waldo Traslaviña de Praxair para la instalación de gases clínicos en ALP de fecha 19 de marzo de 2003.
- 15.60. Copia simple de carta dirigida por Praxair a ALP con fecha 11 de abril de 2003 que contiene oferta relativa a la instalación de gases clínicos.
- 15.61. Copia simple de carta dirigida por Praxair a Sergio Cortés de ALP con fecha 30 de septiembre de 2003.
- 15.62. Copia simple de planilla de incorporación o modificación de clientes de fecha 30 de julio de 2003.
- 15.63. Copia simple de planilla de incorporación o modificación de clientes de fecha 30 de septiembre de 2004.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 15.64. Copia simple de contrato de suministro de gases medicinales celebrado entre Praxair y Campus Clínico San Carlos por instrumento privado de fecha 25 de abril de 2001.
- 15.65. Copia simple de planilla de datos del cliente de fecha 18 de octubre de 2001.
- 15.66. Copia simple de informe de variación de precios de fecha 28 de diciembre de 2001.
- 15.67. Copia simple de planilla de incorporación o modificación de clientes de fecha 15 de enero de 2002.
- 15.68. Copia simple de informe de variación de precios de fecha 2 de enero de 2003.
- 15.69. Copia simple de carta enviada por Praxair Chile Ltda. con fecha 8 de abril de 2003 a Campus Clínico San Carlos.
- 15.70. Copia simple de planilla de mayo de 2003 que individualiza los bienes entregados a título de comodato al Campus Clínico San Carlos.
- 15.71. Copia simple de contrato de suministro de oxígeno y de otros gases de uso medicinal celebrado entre Praxair e Instituto Traumatológico por instrumento privado de fecha 27 de mayo de 2003.
- 15.72. Carta entregada por Praxair al Jefe de Servicios Generales del Instituto Traumatológico con fecha 2 de mayo de 2002.
- 15.73. Listado y gráfico de deudas del I. Traumatológico entre los años 2001 y 2005.
- 15.74. Copia simple de borrador de contrato de suministro entre Praxair y Clínica Vitacura de fecha 27 de abril de 2001.
- 15.75. Copia simple de correo electrónico reenviado por Waldo Traslaviña a Claudia Sierra, enviado originalmente por Mario Yalul de Clínica Vitacura a Waldo Traslaviña de Rpaxair, de fecha 30 de mayo de 2005.
- 15.76. Copia simple de planilla de incorporación o modificación de clientes de fecha 28 de diciembre de 2001.
- 15.77. Copia simple de carta enviada por Praxair a Clínica Vitacura de fecha 3 de enero de 2002.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 15.78. Copia simple de planilla de incorporación o modificación de clientes de fecha 26 de julio de 2002.
- 15.79. Copia simple de planilla de incorporación o modificación de clientes de fecha 2 de enero de 2003.
- 15.80. Copia simple de planilla de incorporación o modificación de clientes de fecha 28 de marzo de 2003.
- 15.81. Listado y gráfico de deudas de Clínica Vitacura entre los años 2001 y 2005.
- 15.82. Cuadro resumen sobre factores diferenciadores de los hospitales públicos.
- 15.83. Copia simple de actas de adjudicación y fichas de adquisición de licitaciones públicas de insumos medicinales obtenidas del Portal ChileCompra, para los productos tómulas de algodón, alcohol 95° desnaturalizado, jeringas desechables plásticas y guantes quirúrgicos estériles.
- 15.84. Copia simple de carta dirigida por el Dr. Leonardo Ristori, Director de la Posta Central a Praxair con fecha 8 de noviembre de 2000.
- 15.85. Copia simple de carta dirigida por Praxair a la Posta Central con fecha 9 de noviembre de 2000.
- 15.86. Copia simple de carta enviada por Praxair a ALP con fecha 25 de marzo de 2003, que contiene oferta relativa al suministro de gases y a la instalación de gases clínicos.
- 15.87. Copia simple de solicitud de contrato tipo suscrita por Federico Torino con fecha 27 de mayo de 2003.
- 15.88. Copia de la protocolización de acta notarial de fecha 28 de noviembre de 2005 que certifica correo electrónico enviado por don Federico Torino a don Manuel Díaz el día 3 de mayo de 2004 adjuntando planilla de simulación que Praxair empleó durante el proceso de Licitación de Oxígeno Líquido de Cenabast.
- 15.89. Copia de la protocolización de acta notarial de fecha 28 de noviembre de 2005 que certifica correo electrónico recibido por don Federico Torino con fecha 14 de julio de 2004 y remitido originalmente por don Manuel Díaz a don Guillermo Mannheim de Praxair Perú el 15 de mayo de 2004,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adjuntando archivo sobre la teoría de juegos y simulaciones que Praxair empleó para fijar su estrategia durante el proceso de Licitación de Oxígeno Líquido de Cenabast.

- 15.90. Resolución Exenta N°964, de fecha 14 de julio de 2004. Fija las Bases Especiales Administrativas y Técnicas de Licitación Pública convocada por Cenabast, destinada a proveer de oxígeno líquido a prácticamente la totalidad de los hospitales del sistema público de salud chileno.
- 15.91. Copia simple de Resolución Exenta N°1275 de Cenabast que modifica las bases Administrativas aprobadas por Resolución Exenta N°964 de fecha 14 de julio de 2004.
- 15.92. Copia simple de carta enviada por Praxair a Cenabast con fecha 20 de abril de 2004 que contiene las preguntas formuladas por Praxair a las Bases de Licitación de Oxígeno Líquido de Cenabast.
- 15.93. Copia simple de preguntas y respuestas sobre las Bases de Licitación de Oxígeno T Líquido de Cenabast.
- 15.94. Copia simple de “Guía de cumplimiento, módulo de negocios con entidades públicas”, de 2005 de Praxair Inc.
- 15.95. Copia simple de “Guía de conformidad, módulo de conducta competitiva. Cumplimiento de las leyes de defensa de la competencia” de Praxair Inc.
- 15.96. Video corporativo de Praxair en formato CD.
- 15.97. Copia simple de sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema Rol N° 3327/2005 de fecha 26 de octubre de 2005.
16. A fojas 1376, **Praxair** acompaña los siguientes documentos:
 - 16.1. Informe elaborado por BDO Chile Auditores & Consultores de fecha 27 de febrero de 2006.
 - 16.2. Copia simple de “contrato de trabajo trabajador extranjero” suscrito entre Praxair Chile y Manuel Oscar Díaz que consta de instrumento privado de fecha 25 de enero de 2001.
17. A fojas 1560, la **Fiscalía Nacional Económica** acompaña los siguientes documentos:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 17.1. Análisis de las estrategias adoptadas por las empresas de oxígeno para enfrentar el proceso de licitación de Cenabast.
- 17.2. Información tabulada de la prueba rendida por la Fiscalía en esta causa.
18. A fojas 936, **AGA** acompaña los siguientes documentos:
 - 18.1. Ordinario N° 1.331 del Instituto de Salud Pública, de 3 de marzo de 2000.
 - 18.2. Carta dirigida por el Colegio Médico de Chile al Subsecretario de Salud el 13 de Noviembre de 2003.
 - 18.3. Documento "Aprueba Norma Técnica para el Cumplimiento de BPM para la Fabricación, Llenado, Almacenamiento y Distribución de Gases Medicinales".
 - 18.4. Correo electrónico enviado el 5 de diciembre de 2003 por doña Nelly Elgueta, funcionaria del Instituto de Salud Pública, a representantes de la industria de gases medicinales (entre ellos don Andrés Salas, de AGA), acompañando el proyecto de resolución que aprueba la Norma Técnica para el cumplimiento de las BPM.
 - 18.5. "Guidance for Industry. Current Good Manufacturing Practice for Medical Gases", emitidas por la Food and Drug Administration (FDA) de los Estados Unidos de Norteamérica.
 - 18.6. Folleto explicativo de AGA titulado "Primeros en gestión de calidad y certificación farmacéutica".
 - 18.7. Etiqueta destinada a ser pegada a un cilindro de oxígeno medicinal comercializado bajo la marca MEDIGOX.
 - 18.8. Impresión de parte de la página web de AGA (www.aga.cl) que explica el Programa de mantenimiento preventivo y correctivo.
 - 18.9. Impresión de parte de la página web de AGA (www.aga.cl) que indica el equipamiento, insumos y repuestos requeridos para el uso del oxígeno medicinal.
 - 18.10. Impresión de parte de la página web de AGA (www.aga.cl) que indica el servicio de instalaciones para los estanques y los cilindros.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

18.11. Impresión del Mensaje del Ministro de Salud a los Médicos de Chile de enero de 2003 que reconoce la deuda de los hospitales públicos (www.emol.com/noticias/documentos/artaza.asp).

18.12. Informe emitido por KPMG Auditores Consultores Ltda.

18.13. Declaración jurada del Gerente de División de Gases Medicinales, don Pedro de la Cerda Guzmán, que contiene algunos factores que inciden en las diferencias de precios y su rango de incidencia.

18.14. Informe económico de don Patricio Rojas de fecha 14 de diciembre de 2005. “Mercado del Oxígeno Medicinal en Chile: Antecedentes en Materia de Libre Competencia”

Señala que el oxígeno medicinal no se puede considerar un producto homogéneo, por cuanto el producto final entregado difiere caso a caso. El bien ofrecido, además del oxígeno, incluye los servicios de logística y respaldo necesarios para asegurar la seguridad y continuidad del abastecimiento.

Dado que la provisión de oxígeno líquido y gaseoso involucra costos distintos, y ya que en la mayoría de los casos es imposible sustituir ambos suministros de forma permanente, se trataría de mercados relevantes separados. En cuanto al mercado geográfico relevante, el estudio indica que es de carácter regional, pues cada proveedor puede servir rentablemente a usuarios emplazados en una superficie que no supere los 300 ó 400 kms. alrededor de la planta de producción.

Señala que atendidas las características del mercado, es lo esperable que existan precios diferentes entre las empresas proveedoras.

En cuanto a las barreras a la entrada y salida, señala que esta industria no presenta mayores barreras que inhiban la competencia.

Existe una serie de factores que hacen que los mercados del oxígeno en Chile no cuenten con las características que hacen previsible un acuerdo; a saber: las empresas presentan diferentes participaciones de mercado, no existen barreras a la entrada, existe competencia potencial, el suministro de oxígeno no es un commodity, existen economías de escala en la provisión del servicio.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, entrega una explicación del accionar de la empresa en la licitación de Cenabast.

- 18.15. Bases de la licitación para el suministro de gases medicinales del Hospital de Lota del año 2005.
- 18.16. Bases de licitación para abastecer de oxígeno gaseoso al hospital San Borja—Arriarán.
- 18.17. Impresión de la parte pertinente de la página web del Ministerio de Salud que contiene la noticia de compra por parte del Hospital Luis Calvo Mackenna de un angiógrafo digital.
- 18.18. Ordinario N°2126 de fecha 25 de junio de 2001 del director del hospital Grant Benavente de Concepción, dirigida a AGA, acompañando copia de los precios ofrecidos por un competidor.
- 18.19. Declaración jurada del Gerente de División de Gases Medicinales, don Pedro de la Cerda Guzmán, sobre la duración de los contratos con clínicas privadas.
- 18.20. Declaración jurada del Gerente de División de Gases Medicinales, don Pedro de la Cerda Guzmán, sobre el porcentaje que representan los distintos mercados en las ventas totales de AGA (ventas industriales y ventas medicinales).
- 18.21. Invitación a inicio de obras en planta de hidrógeno de ENAP.
- 18.22. Código de conducta Grupo Linde.
- 18.23. Resolución, extraída del portal Chilecompra, que adjudicó a AGA la licitación de abastecimiento de gases medicinales al hospital de Lota.
- 18.24. Resolución que adjudicó a AGA la licitación de abastecimiento de gases medicinales al Servicio de Salud de Arauco.
- 18.25. Resultados preliminares población y viviendas Censo 2002.
- 18.26. Copia de la parte pertinente de Diario Oficial de 3 de abril de 2000 que incluye la Convocatoria a Propuesta Pública para la Provisión de Oxígeno y Gases Clínicos a los Hospitales del Servicio de Salud Metropolitano Sur.
- 18.27. Resolución Exenta N°2229, de fecha 16 de Noviembre de 2000, del Servicio de Salud Metropolitano Sur, que aprueba el contrato con AGA.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 18.28. Resolución de fecha 21 de octubre de 2004 del Instituto Nacional del Cáncer que aprueba contrato con AGA.
- 18.29. Declaración jurada del Gerente de División de Gases Medicinales, don Pedro de la Cerda Guzmán, que contiene un resumen de los cilindros entregados a los hospitales de Lota y Los Ángeles, según la propiedad de los mismos.
- 18.30. Impresión de la parte pertinente de la página web www.aga.cl que indica las sucursales y consignatarios de AGA en el país y, en particular, el consignatario de Los Ángeles.
- 18.31. Informe Técnico — Evaluación Ofertas Licitación Pública "Convenio de Suministros" de la Subdirección del Hospital de Lota, de fecha 17 de enero de 2005, que señala como motivo para adjudicar a AGA que "este proveedor en su oferta económica no condiciona un mínimo de cilindros por despacho".
19. A fojas 1.357, **Indura** acompaña los siguientes documentos:
- 19.1. Impresión de la página web de la empresa Edyce.
- 19.2. Copia del artículo publicado en la Revista Oficial de la Sociedad Andaluza de Farmacéuticos de Hospitales, titulado "Gases Medicinales. Nueva responsabilidad. Funcionamiento interno", por la Jefe de Servicio de Farmacia Hospitalaria del Hospital General de Riotinto de Huelva, España.
- 19.3. Copias de las notas de crédito número 0181561 y 0181560, ambas de fecha 29 de Diciembre de 2005, emitidas por Indura a favor del Hospital Regional de Rancagua; copia de la colilla del depósito efectuado por "Indura Rancagua" en la cuenta corriente del Banco del Estado de Indura con la misma fecha; y copias de dos e—mails enviados con fechas 15 y 16 de Diciembre de 2005 por doña María de los Angeles Molina, Subdirectora Administrativa del Hospital de Rancagua a don Carlos Urquiza, Subgerente Zonal de Rancagua de Indura.
- 19.4. Copia de la carta enviada por Indura al Hospital de Rancagua con fecha 25 de Noviembre de 1996, y de la respuesta a la misma del Hospital de fecha 27 del mismo mes y año.
- 19.5. Copia del borrador de contrato — no firmado — entre Indura y el Hospital de Rancagua de fecha 1 de Diciembre de 1997.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 19.6. Copia de la carta enviada por Indura al Hospital de Rancagua con fecha 9 de Junio de 1999.
- 19.7. Copias de las siguientes bases de licitación y/o propuestas: Instituto Nacional del Cáncer, de Mayo de 2005; Servicio de Salud Araucanía Norte, de Abril de 2003; Ilustre Municipalidad de San Carlos, de Septiembre de 2005; Hospital San Bárbara, de Septiembre de 2005; Ilustre Municipalidad de Lanco, de Septiembre de 2005; Hospital de Illapel, de Septiembre de 2005; Municipalidad de Río Hurtado, de Agosto de 2005; Hospital de Mulchén, de Agosto de 2005; Hospital Clínico San Borja Arriarán, de Agosto de 2005; Servicio de Salud Araucanía Norte, de Junio de 2005; y, Hospital de la Unión, de Octubre de 2004.
- 19.8. Informe suscrito por don Marco A. Halal de la firma de auditores Guerra & Raby Asociados, de fecha 30 de Marzo de 2006.
20. A fojas 822, **Air Liquide** acompaña los siguientes documentos:
- 20.1. Copia simple del "Contrato de Suministro Líquido en Estanque", de fecha 10 de septiembre de 2001, suscrito entre Air Liquide y Petricio Industrial Santiago S.A.
- 20.2. Copia simple del "Contrato de Suministro Líquido en Estanque", de fecha 10 de septiembre de 2001, suscrito entre Air Liquide y Petricio Industrial S.A.
- 20.3. Copia simple del "Contrato de Suministro en Cilindros y/o Termos", suscrito entre Air Liquide y Petricio Industrial Santiago S.A.
- 20.4. Copia simple del "Contrato de Suministro en Cilindros y/o Termos", suscrito entre Air Liquide y Petricio Industrial S.A.
- 20.5. Copia simple del "Contrato de Suministro en Estanque N° SCL002", de fecha 1 de marzo de 2002, suscrito entre Air Liquide y Kúpfer Hermanos S.A.
- 20.6. Copia simple del Listado de Facturación Detallado emitido por Air Liquide y de la factura N°208449, de fecha 18 de junio de 2002, emitida por Air Liquide a nombre de Kúpfer Hermanos S.A..

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 20.7. Copia simple del Listado de Facturación Detallado emitido por Air Liquide y de la factura N°256145, de fecha 4 de junio de 2003, emitida por Air Liquide a nombre de K pfer Hermanos S.A..
- 20.8. Copia simple del Listado de Facturación Detallado emitido por Air Liquide y de la factura N°302183, de fecha 30 de junio de 2004, emitida por Air Liquide a nombre de K pfer Hermanos S.A..
- 20.9. Copia simple del "Contrato de Suministro Líquido en Estanque Criogénico", de fecha 16 de mayo de 2001, suscrito entre Air Liquide y Estructuras Metálicas Ltda.
- 20.10. Copia simple del Listado de Facturación Detallado emitido por Air Liquide y de la factura N°208263, de fecha 13 de junio de 2002, emitida por Air Liquide a nombre de Estructuras Metálicas Ltda.
- 20.11. Copia simple del Listado de Facturación Detallado emitido por Air Liquide y de la factura N°256444, de fecha 12 de junio de 2003, emitida por Air Liquide a nombre de Estructuras Metálicas Ltda.
- 20.12. Copia simple del Listado de Facturación Detallado emitido por Air Liquide y de la factura N°300040, de fecha 9 de junio de 2004, emitida por Air Liquide a nombre de Estructuras Metálicas Ltda.
- 20.13. Copia simple del Listado de Facturación Detallado emitido por Air Liquide y de la factura N°210223, de fecha 22 de junio de 2002, emitida por Air Liquide a nombre de Maestranza y Fundición Vespucio S.A..
- 20.14. Copia simple del Listado de Facturación Detallado emitido por Air Liquide y de la factura N° 256150, de fecha 5 de junio de 2003, emitida por Air Liquide a nombre de Maestranza y Fundición Vespucio S.A.
- 20.15. Copia simple del Listado de Facturación Detallado emitido por Air Liquide y de la factura N°300591, de fecha 23 de junio de 2004, emitida por Air Liquide a nombre de Maestranza y Fundición Vespucio S.A.
- 20.16. Copia simple de la factura N°244333, de fecha 26 de junio de 2003, emitida por Air Liquide a nombre de Bucyrus Chile Ltda.
- 20.17. Copia simple de la factura N°293247, de fecha 30 de junio de 2004, emitida por Air Liquide a nombre de Bucyrus Chile Ltda.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 20.18. Copia simple del "Contrato de Suministro Líquido en Estanque" de fecha 31 de julio de 2001, suscrito entre Air Liquide y Thyssen Aceros y Servicios S.A.
- 20.19. Copia simple del "Contrato de Suministro Líquido en Estanque Criogénico" de fecha 10 de mayo de 2001, suscrito entre Air Liquide e Importadora Janssen y Cía. Ltda.
- 20.20. Copia simple del "Contrato de Suministro de Oxígeno", de fecha 21 de enero de 2005, suscrito entre Air Liquide y Jorquera Transportes S.A.
- 20.21. Copia simple del "Contrato de Suministro de Oxígeno", de fecha 6 de diciembre de 2004, suscrito entre Air Liquide y Transfer Ltda.
- 20.22. Copia simple del "Compromiso de Acuerdo de Suministro" de fecha 19 de abril de 2004, suscrito entre Air Liquide y la empresa Transporte Morro Lobos.
- 20.23. Copia simple del "Convenio" de fecha 1 de febrero de 1999, suscrito entre Air Liquide y el Servicio de Salud Metropolitano Norte, referido al suministro de oxígeno medicinal al Hospital Roberto del Río.
- 20.24. Copia simple del "Contrato de Suministro de Gases Clínicos Hospital Padre Hurtado", de fecha 28 de octubre de 2001, suscrito entre Air Liquide y Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente, referido al suministro de oxígeno medicinal al Hospital Padre Hurtado.
- 20.25. Copia simple del documento denominado "Ratificación y Anexo de Contrato", de fecha 1 de junio de 2004, suscrito entre Air Liquide y el Hospital Padre Hurtado.
- 20.26. Copia simple de la factura N°321186, de fecha 30 de noviembre de 2004, emitida por Air Liquide a nombre del Hospital San Juan de Dios.
- 20.27. Declaración jurada de don Pedro Adell Soto, efectuada con fecha 2 de diciembre de 2005, junto con las hojas de ruta elaboradas por los encargados de sucursal don Hermógenes Sáez, don Pablo García y don César Sepúlveda.
- 20.28. Copia simple del "Convenio de Suministro de Líquido en Estanque entre Hospital Talagante y Locsa S.A.", suscrito en enero de 1999 entre esta parte y el Hospital de Talagante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 20.29. Copia simple de la carta de fecha 6 de diciembre de 1999, enviada a Air Liquide por el subdirector administrativo del Hospital de Talagante, mediante la cual se remite una propuesta de pago de la deuda de arrastre de dicho hospital para con esta parte.
- 20.30. Copia simple de las facturas N°233950, de fecha 3 de diciembre de 2002, y N°236098, de fecha 23 de diciembre de 2002, ambas emitidas por Air Liquide a nombre del Hospital de Talagante.
- 20.31. Copia simple de la Resolución Exenta N°2494, mediante la cual se aprueba el "Convenio N°44/2000", suscrito el 8 de junio de 2000 entre el Servicio de Salud Viña del Mar—Quillota y Air Liquide, respecto del suministro de oxígeno medicinal al Hospital de Quilpué.
- 20.32. Copia simple de la Oferta Económica presentada por Air Liquide para la licitación del servicio de suministro de oxígeno gaseoso para Hospitales tipo IV de la V Región.
- 20.33. Copia simple del Acta de Apertura de la licitación mencionada en el número anterior, en la cual constan las ofertas de los distintos participantes, entre ellos Air Liquide.
- 20.34. Copia simple de la Resolución Exenta N°0819, mediante la cual se aprueba el Contrato N°05/2002, suscrito con fecha 17 de enero de 2001 entre Air Liquide y el Servicio de Salud Viña del Mar—Quillota, referido al suministro de oxígeno medicinal gaseoso para los hospitales de Quintero, Peñablanca, Limache, Geriátrico, La Calera, La Ligua, Cabildo y Petorca.
- 20.35. Copia simple del "Convenio de Suministro de Líquido en Estanque entre el Servicio de Salud Metropolitano Sur y Air Liquide Chile S.A.", de fecha 7 de mayo de 2001, referido al suministro de oxígeno medicinal líquido y gaseoso para el Hospital El Pino.
- 20.36. Declaración jurada de fecha 14 de diciembre de 2005, efectuada por doña Nathaly Van de Wyngard Soto.
- 20.37. Copia simple de 115 facturas emitidas por Air Liquide a nombre del Hospital El Pino entre enero y diciembre de 2004, en las cuales constan los precios y volúmenes de venta de oxígeno a dicho hospital.
- 20.38. Copia simple de la carta de fecha 14 de febrero de 2001, enviada a Air Liquide por la subdirectora administrativa del Hospital de Melipilla,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mediante la cual se da cuenta de la deuda de arrastre de dicho hospital para con esta parte.

- 20.39. Copia simple de la Orden de Compra N°143/00, de la factura de exportación N°0038—00000382 y de la Declaración de Ingreso N°6410018188—4, respecto de un trailer criogénico marca Mirbal, de una capacidad de 15.000 litros, por la cantidad de US\$45.000.
- 20.40. Copia simple de la factura N°0143736 y de la guía de despacho N°0114899, ambas emitidas por Jorge Vio Arias y Cía. Ltda. a nombre de Air Liquide, en las cuales constan los gastos de internación del equipo de transporte de oxígeno referido en el número anterior.
- 20.41. Copia simple de las facturas N°s 890, 891, 892, 908, 909, 910, 933, 934 y 935, todas emitidas por don Ricardo Bolovic Morales a nombre de Air Liquide en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2004, en las cuales constan los costos por el arriendo de camiones de transporte criogénico.
- 20.42. Copia simple del "Contrato de Abastecimiento de Gases Clínicos", suscrito con fecha 4 de junio de 1999 entre Air Liquide y el Hospital de Las Higueras, respecto del suministro de una serie de productos medicinales para dicho hospital.
- 20.43. Copia simple de 58 facturas, emitidas por Air Liquide a nombre del Hospital Las Higueras entre enero y diciembre de 2002.
- 20.44. Copia simple de 83 facturas emitidas por Air Liquide a nombre del Hospital de Tomé entre enero y diciembre de 2002.
- 20.45. Copia simple de 49 facturas emitidas por Air Liquide a nombre del Hospital Las Higueras entre enero y diciembre de 2004.
- 20.46. Copia simple de 73 facturas emitidas por Air Liquide a nombre del Hospital de Tomé entre enero y diciembre de 2004.
- 20.47. Declaración jurada de fecha 14 de diciembre de 2005. efectuada por doña Nathaly Van de Wyngard Soto, en la cual se señalan los montos totales facturados a los hospitales Las Higueras y de Tomé en los años 2003 y 2004.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 20.48. Informe denominado "Descripción de Operación de Planta de Oxígeno y Nivel de Flexibilidad en Generación de Productos", elaborado en noviembre de 2005 por el experto don Horacio Grant Pimentel.
- 20.49. Declaración jurada de don Pedro Adell Soto, efectuada con fecha 2 de diciembre de 2005, en la cual consta el volumen de oxígeno líquido — generado por la planta de Air Liquide en Antofagasta— que estaba disponible al momento de empezar a suministrárselo a Compañía Minera Meridian ("Minera Meridian
- 20.50. Copia simple del "Contrato de Suministro en Estanque". celebrado con fecha 3 de septiembre de 2001 entre Air Liquide y Minera Meridian.
- 20.51. Copia simple de las 12 facturas emitidas por Air Liquide a nombre del Hospital Roberto del Río entre enero y diciembre de 2003.
- 20.52. Cuatro fotografías impresas de la planta Oxinor, de propiedad de Air Liquide, la cual se encuentra ubicada en Antofagasta.
- 20.53. Copia impresa de la página web www.airliquide.com.
- 20.54. Copia impresa de la página web www.indura.cl.
- 20.55. Copia impresa de la página web www.boc.com.
- 20.56. Copia impresa de la página web www.aga.com.
- 20.57. Copia impresa de la página web www.praxair.com.
- 20.58. Copia impresa de la página web www.airproducts.com.
- 20.59. Copia impresa de la página web www.airgas.com.
- 20.60. Copia impresa de la página web www.digas.cl.
- 20.61. Copia impresa de la página web www.oxipur.cl.
- 20.62. Copia impresa de la página web www.triplexchile.cl.
- 20.63. Gráficos elaborados en base a la información entregada por Cenabast para la licitación de septiembre del año 2004.
- 20.64. Copia impresa de 2 folletos con las especificaciones técnicas de tanques criogénicos marca Cryolor, modelo Celine.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 20.65. Lista de precios para el año 2005, emitida por la empresa Cryolor respecto de los diferentes tanques modelo Celine.
- 20.66. Cotización emitida en mayo de 2005 por la empresa Envases de Acero S.A., respecto de tanques criogénicos.
- 20.67. Cotización emitida el 6 de octubre de 2005 por la empresa Chart Inc., respecto de tanques criogénicos.
- 20.68. Bases Administrativas Generales y Especificaciones Técnicas de la licitación denominada "Implementación Planta Generadora Oxígeno y Aire Comprimido Hospital Regional", elaboradas en noviembre de 2001 por el Servicio de Salud Magallanes.
- 20.69. Formulario de aclaraciones denominado "Aclaración N° 01", preparado por el Servicio de Salud Magallanes en el marco de la licitación mencionada en el número anterior.
- 20.70. Copia impresa del catálogo de generadores de oxígeno Oxyswing, emitido por la empresa Innovative Gas Systems ("IGS").
- 20.71. Copia impresa de la presentación de las plantas PSA, elaborado por la empresa MTK, perteneciente al grupo IGS.
- 20.72. Copia simple del Acta de Apertura de la licitación del servicio de suministro de oxígeno gaseoso para Hospitales tipo IV de la V Región, en la cual constan las ofertas de los distintos participantes, entre ellos Air Liquide.
- 20.73. Copia simple de la Propuesta de Equipos Generadores de Oxígeno para Hospitales, dirigida a los hospitales del Servicio de Salud Metropolitano por parte de la empresa Dogar Ltda.
- 20.74. Copia simple de los Estados Financieros de Air Liquide correspondientes al año 2001, auditados por Ernst & Young.
- 20.75. Copia simple de los Estados Financieros de Air Liquide correspondientes al año 2002, auditados por Ernst & Young.
- 20.76. Copia simple de los Estados Financieros de Air Liquide correspondientes al año 2003, auditados por Ernst & Young.
- 20.77. Copia simple de los Estados Financieros de Air Liquide correspondientes al año 2004, auditados por Ernst & Young.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 20.78. Declaración jurada de don Pedro Adell Soto, efectuada con fecha 28 de noviembre de 2005, en la cual consta el detalle de los nuevos negocios y de los clientes perdidos por Air Liquide, respecto de los productos que se señalan en la misma.
- 20.79. Carta de fecha 23 de noviembre de 2005, enviada a Air Liquide por el Jefe de la Unidad de Equipos Médicos del Hospital Padre Hurtado, don Iván Infante.
- 20.80. Carta de fecha 15 de noviembre de 2005, enviada a Air Liquide por el Gerente de Inversiones y Nuevos Negocios de Enap Refinerías S.A., don Daniel Ibarra M.
- 20.81. Informe sobre Procedimientos Acordados, elaborado por Ernst & Young con fecha 18 de noviembre de 2005.
- 20.82. Copia simple del Contrato de Suministro de Oxígeno de fecha 5 de abril de 2001, suscrito entre Air Liquide y Carbomet Industrial S.A.
- 20.83. Ley N° 25.156 de la República Federal Argentina, dictada en 1999.
- 20.84. Informe sobre el Procedimiento de Defensa de la Competencia en Argentina, elaborado con fecha 5 de diciembre de 2005 por los abogados del Estudio Marval, O'Farrel & Mairal, señores G. Ariel Irizar y Alberto D.Q. Molinario.
- 20.85. Copia simple de los autos Rol N° 250—00 F.N.E., en los cuales se emitió —con fecha 20 de octubre de 2000— el Dictamen N° 1139, por parte de la H. Comisión Preventiva Central;

21. A fojas 935, **Air Liquide** acompaña el informe económico “Mercado del Oxígeno en Chile: La situación de Air Liquide”, del Sr. Ricardo Paredes Molina.

Se refiere a la concentración de la industria, señalando que no existen barreras a la entrada que impidan que ingrese un oferente potencial.

Respecto a la acusación de reparto de mercado y a la dispersión de precios observada, señala que la dispersión observada en los precios es una consecuencia lógica de la heterogeneidad de los bienes entregados a los hospitales (servicio de suministro de oxígeno medicinal).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, el informe muestra cómo es posible explicar lo observado en el mercado a través de un modelo de inversión discreta, administración de ingresos y precios diferenciados, como una teoría alternativa a la colusión.

22. A fojas 1.121, la **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia** de Argentina remite los siguientes documentos en respuesta a un oficio del Tribunal:

22.1. Dictamen, de fecha 8 de julio de 2005, junto con la resolución de la Secretaria de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción.

22.2. Mensaje de correo electrónico, de fojas 169 del Anexo de Indura, enviado por Roberto Rojas S.

22.3. Mensaje de correo electrónico, de fojas 244/246 del Anexo de Indura, de fecha 22 de febrero de 2001, enviado por José Franzosi, Gerente General.

22.4. Mensaje de correo electrónico, de fojas 208 del Anexo de Praxair, de fecha 16 de enero de 2002, remitido por Fabián Muschietti.

23. A fojas 1.134, el **Hospital Santiago Oriente “Dr. Luis Tisné Brousse”** acompaña, en respuesta a un oficio del Tribunal:

23.1. Resolución 1.250, de 3 de julio de 2002, en que se adjudica a Indura la provisión del Servicio de Abastecimiento de Gases Clínicos del Hospital Santiago Oriente “Dr. Luis Tisné Brousse”.

23.2. Copia de evaluación de precios ofertados en la Licitación Pública.

24. A fojas 1.181, el **Servicio de Salud de Magallanes** acompaña los siguientes documentos en respuesta a un oficio del Tribunal:

24.1. Resolución Exenta N° 1.506 del Director Servicio Salud Magallanes de 19 de diciembre de 2001.

24.2. Resolución Exenta N° 1.881 del Director Servicio Salud Magallanes de 30 de diciembre de 2002.

24.3. Contrato de compraventa, instalación y habilitación de una “Planta Autónoma Generadora de Oxígeno y Aire Comprimido”, suscrito entre la Empresa SM Triples Chile Ltda. y el Servicio Salud Magallanes.

25. Testigos presentados por la **Fiscalía Nacional Económica**:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 25.1. Declaración de Jaime Conrado Arriagada Celsi a fojas 639, quien declaró en relación a los puntos N° 3, 4 y 5.
- 25.2. Declaración de Ernst Nicolai Erazo a fs. 647, quien declaró en relación a los puntos N° 1, 2, 3, 4, 5 y 6.
- 25.3. Declaración de Carlos Iván Manzi Astudillo a fs. 723, quien declaró en relación a los puntos N° 1, 2, 3, 4, 5 y 6.
- 25.4. Declaración de Patricio Renner Peña a fs. 742, quien declaró en relación a los puntos N° 1, 2, 3, 4, 5 y 6.
- 25.5. Declaración de Francisco Javier Peralta Cortés a fs. 1.076, quien declaró en relación a los puntos N° 1, 2, 3, 4, 5 y 6.
26. Testigos presentados por **Praxair**:
 - 26.1. Declaración de Pedro Deutsch Spiegel a fojas 974, quien declaró en relación al punto N° 5.
 - 26.2. Declaración de Alexander Galetovic Pötsch a fs. 977, quien declaró en relación a los puntos N° 3, 4 y 5.
 - 26.3. Declaración de Sergio Guillermo Cortés Vergara a fs. 1.003, quien declaró en relación a los puntos N° 1, 3 y 4.
27. Testigos presentados por **AGA**:
 - 27.1. Declaración de Rodrigo Vergara Montes a fojas 1.011, quien declaró en relación a los puntos N° 2, 3, 4 y 5.
 - 27.2. Declaración de Luis Toro Ugarte a fs. 1.019, quien declaró en relación al punto N° 5.
 - 27.3. Declaración de Udo Rüdiger Lein a fs. 1.038, quien declaró en relación al punto N° 5.
 - 27.4. Declaración de Cristián Gabriel Rubio Urria a fs. 1.049, quien declaró en relación al punto N° 5.
 - 27.5. Declaración de Ricardo Antonio Moder Echeverri a fs. 1.053, quien declaró en relación a los puntos N° 3 y 5.
 - 27.6. Declaración de Patricio Sandro Rojas Ramos a fs. 1.065, quien declaró en relación a los puntos N° 3, 4 y 5.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

28. Testigos presentados por **Indura**:
- 28.1. Declaración de Jorge Antonio Quiroz Castro a fs. 1.091, quien declaró en relación a los puntos N° 1, 2, 3, 4 y 5.
- 28.2. Declaración de Marco Antonio Halal Manzano a fs. 1.100, quien declaró en relación a los puntos N° 1, 2, 3, 4 y 5.
- 28.3. Declaración de Nicolás Majluf Sapag a fs. 1.103, quien declaró en relación al punto N° 1.
- 28.4. Declaración de Sergio Antonio Torres Nilo a fs. 1.108, quien declaró en relación a los puntos N° 1 y 3.
- 28.5. Declaración de Carlos Alberto Navarro Rubio a fs. 1.113, quien declaró en relación al punto N° 1.
29. Testigos presentados por **Air Liquide**:
- 29.1. Declaración de Rafael Antonio Ocariz Losada a fs. 1.138, quien declaró en relación al punto N° 1.
- 29.2. Declaración de Juan Horacio Grant Pimentel a fs. 1.143, quien declaró en relación al punto N° 1.
- 29.3. Declaración de Pedro Arzobindo Peña Pérez a fs. 1.146, quien declaró en relación a los puntos N° 1, 2, 3, 4 y 5.
- 29.4. Declaración de Juan Carlos Valdés Vera a fs. 1.149, quien declaró en relación al punto N° 5.
- 29.5. Declaración de Ricardo Daniel Paredes Molina a fs. 1.210, quien declaró en relación a los puntos N° 2, 3, 4, 5 y 6.
30. Absoluciones de posiciones solicitadas por la **Fiscalía Nacional Económica** y rendidas en autos:
- 30.1. Manuel Oscar Díaz a fs. 1.059, gerente general de Praxair Chile Ltda.
- 30.2. Jaime Castañeda Heavey a fs. 1.063, gerente general de Indura S.A.
31. A fs. 1217 y 1221 se decretó autos en relación y se fijó la fecha para la vista de la causa;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

32. Con fecha 26 de abril de 2006 tuvo lugar la vista de la causa, alegando los abogados de las partes y quedando la causa en estado de fallo;

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS TACHAS DEDUCIDAS:

Primero: Que, a fojas 649, la parte de Praxair formuló tacha respecto del testigo señor Ernst Nicolai Erazo, presentado por la Fiscalía Nacional Económica, en virtud del artículo 358, N° 6, del Código de Procedimiento Civil, porque carecería de la imparcialidad necesaria para declarar y por tener interés en el pleito, desde el momento que su único y actual empleador se encuentra remunerado por Cenabast, refiriéndose a la empresa “Diseño y Gestión”. Agrega que se habría dado inicio al requerimiento de autos en virtud de la denuncia que Cenabast formulara a la Fiscalía Nacional Económica.

La parte de Indura se adhirió a la tacha anterior, agregando que el hecho de que el único trabajo actual del testigo sea el de prestar asesoría, indirectamente, a Cenabast, configura al menos un interés indirecto en el pleito, y que, considerando la materia de la litis, sus resultados afectarán directa o indirectamente los servicios que el testigo presta a Cenabast.

Por su parte, AGA también se adhiere a la tacha y sus fundamentos, precisando que tanto el requerimiento como la investigación de la Fiscalía fueron incoados de oficio por ella, pero coincidiendo con la época de la licitación de Cenabast.

Asimismo, Air Liquide se adhiere a la tacha interpuesta por Praxair.

La FNE, al contestar el traslado conferido, sostiene que Cenabast no ha realizado denuncia alguna ante ese organismo y que tampoco es parte en la causa; que la empresa “Diseño y Gestión” tampoco lo es y que Cenabast no es su empleadora. Señala que tampoco la mencionada empresa es empleadora del testigo; que es la FNE la que ha presentado al señor Nicolai, y que el interés de la FNE en esta causa es el general de la comunidad, por lo que no se vislumbra cuál sería el interés del testigo en el resultado de esta causa, ni tampoco el de la empresa consultora o el de Cenabast en ese mismo resultado;

Segundo: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha, ésta se desechará, por considerar este Tribunal que no se ha acreditado la existencia de una relación de subordinación o dependencia laboral del testigo respecto de la parte que lo presenta, ni la efectividad de un interés del señor

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nicolai Erazo en los resultados del juicio; sin perjuicio del valor probatorio que se le asignará a su declaración de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Tercero: Que, a fojas 693 bis 2, todas las requeridas formulan tacha en contra del testigo presentado por la Fiscalía Nacional Económica, don Francisco Javier Peralta Cortés, por ser un empleado de la parte que lo presenta —la FNE—, hecho que constituye las causas de los números 4., 5. y 6. del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. A fojas 1897, la parte de AGA hace presente observaciones adicionales con el fin de fundamentar la inhabilidad del testigo.

Las requeridas alegan que dichas causas de inhabilidad concurrirían respecto de este testigo de manera aún más grave, puesto que su declaración y sus opiniones emitidas en los informes presentados por la FNE forman parte de la posición de la parte requirente, lo que agudizaría el interés del testigo en sus resultados. El testigo, en consecuencia, no goza de independencia de juicio en relación con la parte que lo presenta.

Asimismo, citando la Sentencia N° 33/2005 de este Tribunal, sostienen que el testigo no cabría dentro de aquella calidad de persona que ha tenido acceso a los hechos materiales de debate en un juicio, única excepción que, según las requeridas, permitiría aceptar la declaración de un testigo que es dependiente de la parte que lo presenta, lo que no concurre en la especie.

La FNE, contestando el traslado conferido, responde que la tacha referida a los números 4. y 5., no se aplica a este caso, por cuanto la persona cuya inhabilidad se solicita es un profesional que entró por concurso público al servicio, la investigación en que incide la presente causa es una más entre muchas que él lleva; sus remuneraciones no están asociadas a las investigaciones que desarrolle o informes que emita; y sus informes o investigaciones no han sido pauteados o instruidos por su jefe directo, ni por abogado alguno del servicio ni por el Fiscal.

Ahora, en cuanto a la falta de imparcialidad del número 6., según la Fiscalía, el interés que se exige debe ser pecuniario, lo que no concurre en la especie, puesto que su remuneración no está ligada a los resultados de sus investigaciones o informes, ni al éxito de las acciones ejercidas por la FNE.

La FNE sostiene que la Excm. Corte Suprema —sin señalar el fallo al cual alude— ha declarado que afirmar que un testigo —funcionario público— tiene

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interés en el resultado del pleito, constituye “prejuzar un ánimo que no es de suponer en funcionarios públicos”.

Agrega que la comparecencia del economista de la FNE en nada difiere de la de funcionarios policiales —quienes en virtud de las normas procesales de corte penal, estarían obligados a declarar en juicio, no bastando el registro de sus actuaciones—, o de la de funcionarios de las inspecciones del trabajo y de las superintendencias.

Finalmente, señala que los fundamentos señalados por las requeridas en la tacha deben ser ponderados de acuerdo con las reglas de la sana crítica, puesto que este Tribunal tiene el deber de reunir el máximo de elementos de juicio para fundar su decisión;

Cuarto: Que ponderados los fundamentos de la tacha respecto del testigo señor Peralta, cabe considerar que es evidente su relación de dependencia con la parte requirente. Por otra parte, no se vislumbra en este caso particular cuál sería el interés directo del testigo, de carácter pecuniario, en los resultados del juicio, que tenga la envergadura necesaria como para llevar a estos sentenciadores a estimarlo como un testigo inhábil por esta causa.

En consecuencia, la tacha será acogida sólo en razón de la causa contemplada en el artículo 358 número 4. del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio del valor probatorio que se le asigne al informe en cuestión del funcionario de la Fiscalía, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final del Decreto Ley N° 211;

EN CUANTO A LAS OBJECIONES DE DOCUMENTOS:

Quinto: Que, en primer lugar, consta a fojas 997 que la parte de AGA ha presentado objeciones respecto de dos documentos aportados por la FNE: un informe elaborado por el economista señor Francisco Javier Peralta y la declaración jurada de don Claudio Farah Meza, ambos documentos acompañados a fojas 717.

En el primer caso, AGA objeta el documento porque la FNE, según su parecer, carece de facultades para la elaboración y presentación en juicio de informes. Al respecto, cabe considerar que la objeción no se funda en alguna de las causas legales para objetar los documentos presentados en juicio por las partes, esto es, su falsedad o falta de integridad, por lo que sólo cabe rechazarla, sin perjuicio de que los argumentos aquí esgrimidos sean ponderados para determinar el mérito probatorio que se le otorgue al instrumento en cuanto pueda constituir un indicio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de aquellos que el artículo 22 del Decreto Ley N° 211 menciona como antecedentes aptos para establecer los hechos sometidos al conocimiento de este Tribunal.

Con respecto al segundo documento, la objeción tampoco se funda en una causa legal de impugnación. Los argumentos esgrimidos son meras observaciones y consideraciones sobre el mérito del documento agregado, las que serán debidamente ponderadas en su oportunidad. En tal virtud, esta objeción también se rechazará;

Sexto: Que la parte de Praxair, en la audiencia de absolución de posiciones del gerente general de dicha empresa, señor Manuel Oscar Díaz, cuya acta consta a fojas 1059 y siguientes, objetó, por falta de integridad, un documento que le fue exhibido a dicho absolvente. El documento corresponde a la copia de una decisión de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina —dependiente del Ministerio de Economía y Producción de ese país—, Dictamen N° 510, de 8 de julio de 2005, que contiene una transcripción parcial de un correo electrónico que habría sido dirigido al deponente.

Con fecha 31 de octubre de 2005, a fs. 515, se había acompañado al proceso, por parte de la FNE, copia simple del dictamen aludido, respecto del cual no se formularon en su oportunidad objeciones fundadas en causas legales, salvo por AGA a fojas 548. El resto de las requeridas formuló meras observaciones a su contenido, como consta a fojas 533, 544 y 549.

En consecuencia, debe entenderse precluido el derecho de Praxair para objetar la autenticidad e integridad de dicha copia del dictamen de la CNDC, lo que tampoco habría sido procedente, incluso dentro de plazo, en el contexto de una audiencia de absolución de posiciones como la descrita;

Séptimo: Que, con posterioridad, fueron agregadas a fojas 1121, junto con otros documentos, copias del mismo Dictamen N° 510, esta vez certificadas como fieles por la propia CNDC, remitidas desde Argentina en respuesta a un oficio enviado al efecto por este Tribunal, previa solicitud de la FNE. Se formó cuaderno separado para estos documentos;

Octavo: Que la parte de Indura, en la audiencia de absolución de posiciones del gerente general de dicha empresa señor Jaime Castañeda Heavey, cuya acta consta a fojas 1063 y siguientes, objetó este documento.

Al respecto, este Tribunal estará a lo resuelto en el considerando precedente, por cuanto concurre igualmente el efecto de la preclusión respecto de esta parte y la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

improcedencia de objeciones de documentos formuladas en el transcurso de un absoluciónde posiciones;

Noveno: Que a fojas 1183, la parte de Praxair, haciendo uso de la citación conferida respecto de los instrumentos certificados y remitidos por la CNDC, objetó lo siguiente (todas las fojas que se citan a continuación corresponden a la foliación del cuaderno especial y separado de documentos formado con estos antecedentes provenientes de la CNDC): a) el documento “Estrategia Negocio Indura Argentina”, de fojas 185, b) el mensaje de correo electrónico de fojas 186, c) el mensaje de correo electrónico de fojas 188, d) el mensaje de correo electrónico de fojas 191, y e) la copia autorizada remitida por la CNDC del Dictamen N° 510 de 2005, ya especificado.

Praxair invoca los siguientes argumentos a favor de la objeción deducida: a) los documentos constituyen una prueba impertinente, puesto que no tienen relación con el objeto del proceso ni son parte de la controversia de autos, al recaer sobre hechos ocurridos fuera del territorio nacional; b) son improcedentes desde el punto de vista del ámbito personal de la controversia, puesto que se refieren a hechos realizados, o en cuya ejecución habrían intervenido, personas jurídicas distintas a las requeridas en autos, no siendo suficiente acreditar conductas “similares”, ejecutadas por otros agentes vinculados, para acreditar conductas colusivas; c) improcedencia desde el punto de vista del ámbito temporal de la controversia: en el evento de estimarse procedente su valoración, los documentos se refieren a una responsabilidad —de personas jurídicas diversas a las imputadas en esta causa— que se encuentra extinguida, dado el tiempo transcurrido de la realización de las prácticas; d) en el ámbito material de la controversia, la parte de Praxair alega que la FNE, por medio de la presentación de estos antecedentes, pretende ampliar el ámbito de la misma, estando ya fijada la litis; e) el Dictamen N° 510 de 2005, de la CNDC no se encuentra ejecutoriado, carece de autoridad de cosa juzgada y, eventualmente, tendría efectos sólo relativos respecto de quienes intervinieron en el proceso; f) los documentos se objetan también, en particular, por no constar su integridad, siendo, según señala, incluso anónimos, constando de fotocopias incompletas, o presentando una fecha ininteligible, lo que haría imposible dar fe de su integridad;

Décimo: A fojas 1.198, la parte de AGA, a su vez, objeta seis documentos que también forman parte del cuaderno separado que contiene los antecedentes certificados y remitidos por la CNDC, a saber, a) el documento “Estrategia Negocio Indura Argentina”, de fojas 185, b) el mensaje de correo electrónico de fojas 186, c) el mensaje de correo electrónico de fojas 188, d) la resolución de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de Argentina de fojas 1; e) la copia autorizada remitida por la CNDC del dictamen N° 510 de 2005, ya referido; y f) el mensaje de correo electrónico de fojas 191.

Señala esta requerida que los documentos son irrelevantes para el juicio de autos, puesto que se refieren a conductas realizadas en otro mercado relevante y que no tienen relación alguna con las conductas desarrolladas en Chile por AGA, siendo, en consecuencia, una prueba inútil. Ninguno de los documentos se refiere a hechos que produzcan efectos en Chile. Asimismo, se refieren a hechos prescritos. Finalmente, luego de formular observaciones particulares, a cada uno de los documentos objetados, concluye que a AGA no le constaría su integridad, puesto que la totalidad del expediente argentino —que sería muy extenso— no ha sido tenido a la vista;

Undécimo: Que, asimismo, Air Liquide objeta a fojas 1200 la totalidad de los documentos remitidos por la CNDC, agregando las siguientes consideraciones: a) las copias remitidas son fotocopias que se encuentran aparentemente incompletas y tienen párrafos borrosos e ilegibles; b) No le consta su autenticidad e integridad; y, c) describiendo el sistema argentino de defensa de la competencia, alega que la CNDC fue juez y parte en el proceso incoado en Argentina, el que se encontraría en una primera instancia de procedimiento;

Duodécimo: Que, a fin de resolver las objeciones planteadas y descritas precedentemente, como también la planteada por AGA a fojas 548, cabe determinar las causas legales que han sido configuradas por las requeridas para restarle valor probatorio a los documentos en cuestión.

Así, tres de las requeridas han alegado que no les consta la integridad de los documentos remitidos por la autoridad argentina. Han sostenido que tales antecedentes contienen fotocopias incompletas, o con referencias ininteligibles, lo que haría imposible dar fe de su integridad, sin determinar las piezas específicas que objeta. También se ha alegado esta falta de integridad en términos generales, señalando que la investigación realizada fuera de Chile es de mayor extensión;

Décimo tercero: Que, con respecto al dictamen N° 510 de la CNDC, no se aceptarán las objeciones, toda vez que este Tribunal ha llegado al convencimiento de que es una copia íntegra de su original y, además, de que es un documento auténtico.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Para lo anterior, le ha bastado a estos sentenciadores realizar una comparación entre la copia certificada como fiel por la autoridad argentina y la copia simple del mismo documento, que se acompañó a fojas 515 por la Fiscalía Nacional Económica.

En cuanto al resto de los documentos objetados —sin perjuicio de lo que se dirá en el considerando siguiente— para este Tribunal el hecho que hayan sido certificados por dicho organismo como copia fiel, hace fe suficiente de que son efectivamente de aquellos que forman parte del expediente de investigación de la CNDC. En consecuencia, se rechazarán también las objeciones formuladas a su respecto;

Décimo cuarto: Que, con todo, y en lo que específicamente se refiere a la ilegibilidad parcial de los documentos agregados a fojas 188 y 189 del cuaderno ya referido, este Tribunal considera que, si bien es cierto ésta es evidente, no es menos cierto que basta una simple comparación del texto de dichos correos electrónicos con la parte pertinente del Dictamen N° 510 de la CNDC, en la que son transcritos, para alcanzar el convencimiento de que esta transcripción es correcta, lo que da fe del contenido de los documentos objetados y permite salvar la ilegibilidad parcial antes mencionada.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal rechazará la objeción por falta de integridad de estos documentos, y los ponderará como indicios que, según lo establecido en el artículo 22° del Decreto Ley N° 211, podrán ser apreciados conforme a su mérito según las reglas de la sana crítica;

Décimo quinto: Que en relación ahora con las observaciones al mérito de los mismos documentos de fojas 188 y 189 del cuaderno ya mencionado, hechas por todas las requeridas, cabe tener presente que ninguno de los absolventes a quienes se refirió estos documentos desconoció haber recibido los correos electrónicos correspondientes. Así se desprende de las propias declaraciones de tales absolventes, que rolan a fojas 1.059 y 1.063.

Aún cuando dichos documentos se refieren principalmente a hechos ocurridos en el extranjero, conocidos y resueltos por una autoridad foránea, en un procedimiento contencioso administrativo que no estaría ejecutoriado, es evidente que el contenido de los documentos en cuestión hace alusión a eventuales conductas que afectarían al mercado chileno del oxígeno, por lo que constituyen un indicio más que será considerado por este Tribunal;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Décimo sexto: Por todo lo anterior, estos antecedentes no pueden sino considerarse como indicios de aquellos a los que se refiere el artículo 22° del Decreto ley N° 211, por lo que el Tribunal, aplicando las reglas de la sana crítica, los ponderará en cuanto tales y en conjunto con las demás probanzas e indicios contenidos en el expediente de autos;

Décimo séptimo: Que, a fojas 2045, Air Liquide objeta los documentos acompañados por la Fiscalía a fojas 1560, denominados “Análisis de las estrategias adoptadas por las empresas de oxígeno para enfrentar el proceso de licitación de Cenabast”, e “Información tabulada de la prueba rendida por la Fiscalía en esta causa”, por considerar que éstos no tienen la calidad de documentos, que sólo presentarían argumentaciones propias de un escrito, y que serían contradictorios con otras pruebas aportadas por la propia Fiscalía, además de impertinentes, por referirse en parte a circunstancias distintas a las consideradas en el requerimiento de autos.

También objeta los documentos acompañados por la Fiscalía a fojas 1896, correspondientes a información proporcionada por los Servicios de Salud Metropolitanos sobre deudas por suministro de oxígeno líquido y gaseoso, y copias simples de cuarenta y cinco contratos de aprovisionamiento de gases industriales para hospitales del sistema público nacional, por no constarle su autenticidad e integridad, por no haber sido solicitados por intermedio de este Tribunal, y por presentar inexactitudes respecto de los montos adeudados a dicha empresa.

A fojas 2082, AGA también objeta el documento denominado “Análisis de las estrategias adoptadas por las empresas de oxígeno para enfrentar el proceso de licitación de Cenabast”, acompañado por la Fiscalía a fojas 1560, por no corresponder a un elemento independiente de convicción, por emanar de la parte que lo presenta y por ser impertinente para acreditar alguno de los puntos de prueba fijados por este Tribunal;

Décimo octavo: Que los fundamentos de las objeciones planteadas no son suficientes para restarle todo valor probatorio a los documentos acompañados por la Fiscalía, debiendo ser rechazadas, sin perjuicio del valor que a ellos se les otorgue al ser ponderados de conformidad con las reglas de la sana crítica, en conjunto con el resto de las probanzas y a la luz de las observaciones presentadas a su respecto por Air Liquide y por AGA;

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DEDUCIDA:

Décimo noveno: Que, tal como consta a fs. 175, 220, 227 y 327, todas las requeridas han deducido la excepción de prescripción extintiva, señalando que los hechos respecto de los cuales recae el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica habrían acaecido con anterioridad al tres de agosto de dos mil tres, por lo que las acciones derivadas de los mismos estarían prescritas. Lo anterior sería, a juicio de las requeridas, aplicable en primer lugar respecto de las imputaciones de reparto de mercado, discriminación de precios y negativa de venta; y, en segundo término, respecto de los hechos específicos que se detallan en el requerimiento y que se refieren a clientes o situaciones particulares; unas y otros ocurridos, según señala la Fiscalía a fs. 14, “a lo menos durante el período 2001 – 2004”;

Vigésimo: Que debe tenerse presente que el artículo 20° del Decreto Ley N° 211, establece, en su inciso tercero, que las acciones contempladas en dicha ley, “prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal”;

Vigésimo primero: Que en aplicación de la norma antes transcrita, y de acuerdo con lo alegado por las requeridas, habrían de considerarse como prescritas y no susceptibles de sanción o reproche en esta sede las acciones que emanen de todos aquellos hechos que, imputados en el requerimiento de autos, hubiesen sido “ejecutados” antes del día tres de agosto del año dos mil tres, fecha que se obtiene contando dos años hacia atrás a partir del la interposición del requerimiento de autos por parte de la Fiscalía Nacional Económica, punto de referencia este último que no ha sido cuestionado por las partes;

Vigésimo segundo: Que, por ello, es preciso en primer término determinar el alcance y sentido exacto de la expresión “ejecución”, utilizada por el legislador al referirse a la prescripción extintiva de las acciones para la defensa de la libre competencia.

Al respecto, el Diccionario de la Real Academia Española, en su Vigésima Segunda Edición (2001), define “ejecución” como “acción y efecto de ejecutar”, y el verbo “ejecutar” como “poner por obra algo”, esto es, según su etimología, “consumir, cumplir” una acción o conducta determinada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por otra parte, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 3°, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, la expresión “ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia” contenida en el inciso tercero del artículo 20°, ha de entenderse referida a la ejecución o celebración, según corresponda, de hechos de significación jurídica, así como a actos jurídicos simples o complejos, unilaterales o bilaterales (convenciones), tanto de derecho privado como administrativo o judicial.

Por lo anterior, sólo será posible aplicar la prescripción extintiva de acciones alegada por las requeridas respecto de aquellas conductas —entendiendo por tales la ejecución de hechos de significación jurídica o de actos jurídicos y la celebración de convenciones— llevadas a cabo o concluidas antes del día tres de agosto de dos mil tres;

Vigésimo tercero: Que, al respecto, el requerimiento de autos imputa a las requeridas dos grupos de conductas, las que, por lo demás, constituyen parte de los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos que este Tribunal, a fs. 341 y 365, estimó necesario probar, además de la época misma en que se habrían llevado aquéllas a cabo. El primero de estos grupos de conductas es la realización de una práctica concertada destinada a repartirse entre las requeridas la provisión de oxígeno líquido medicinal a hospitales del sistema público de salud, consistente en: reparto de mercado, determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria, así como dispersión de precios e imposición de precios muy por encima de los que pagan otros clientes con niveles de consumo similares. El segundo grupo de conductas, por su parte, es la realización de una práctica concertada para eliminar o restringir la libre competencia en el proceso de licitación de Cenabast para la provisión de oxígeno líquido al sistema de salud pública, del año 2004;

Vigésimo cuarto: Que, como puede apreciarse de lo anteriormente expuesto, el segundo grupo de conductas imputadas en el requerimiento se habría llevado a cabo, esto es, habría estado “ejecutado”, “cumplido” o “consumido” en el año 2004, más precisamente, en las semanas previas al mes de septiembre de dicho año, y durante ese mismo mes, con motivo del llamado a licitación convocado por Cenabast para el sistema público de salud y de la realización misma de la licitación. Este grupo de hechos y actos entonces, sea cual fuere la forma en que se determine o compute su extensión en el tiempo, tuvo su origen, fue ejecutado y produjo sus consecuencias después del día tres de agosto del año 2003, por lo que no corresponde aplicar a su respecto la excepción de prescripción interpuesta en autos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo quinto: Que, en cambio, no parece tan fácil la determinación de la extensión temporal de las conductas incluidas en el primer grupo antes mencionado, toda vez que éstas habrían consistido en una multiplicidad de acciones u omisiones concertadas entre las requeridas, la mayoría de ellas de carácter complejo, algunas de ellas de carácter instantáneo, otras de efecto continuado, y todas las anteriores, a su vez, reflejadas en diferentes contratos de aprovisionamiento a hospitales —escritos o no— que presentan distintas fechas de celebración y de vigencia y que, según el requerimiento de autos, se habrían ejecutado “a lo menos durante el período 2001–2004”. Es más, las propias declaraciones de testigos en esta causa son vagas respecto de la época en que se habrían ejecutado las conductas requeridas. Así, por ejemplo, se ha declarado que “los hechos ocurrieron entre 2003 y 2004” (fs. 741, testigo Sr. Carlos Manzi Astudillo), que “las situaciones más antiguas eran de la primera mitad de los 90” (testigo Sr. Patricio Renner, a fs. 752), y que “las conductas se habrían cometido al menos entre 2001 y la fecha de la licitación” (testimonio del Sr. Francisco Peralta, a fs. 1085);

Vigésimo sexto: Que la única forma entonces de discernir las fechas o períodos de ejecución de las conductas que integran este primer grupo, es la identificación de aquellos datos temporales objetivos, contenidos en el expediente, a partir de los cuales sea posible determinar su inicio y su término. La discriminación y dispersión de precios, el cobro de precios sobrenormales y la negativa de venta son los hechos que, según la Fiscalía, permitirían presumir la existencia de un reparto de mercado entre las requeridas. Dicho de otro modo, serían la expresión o efecto de un comportamiento colusivo destinado a realizar tal reparto de mercado antes de la licitación convocada por Cenabast. Entonces, la única manera de saber si ese reparto de mercado está o no prescrito para los efectos de esta sentencia, es la de establecer las fechas de celebración de los distintos contratos de aprovisionamiento celebrados entre las requeridas y sus clientes, pues de tales fechas depende la existencia del supuesto acuerdo imputado a aquéllas;

Vigésimo séptimo: Que los acuerdos entre competidores, en general, atendida su particular naturaleza —esto es, que su éxito depende de la voluntad de sus miembros de persistir en él—, implican siempre una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener vigente dicho acuerdo y a prolongar sus beneficios esperados. Así, por ejemplo, en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste tal acuerdo —esto es, que éste está siendo “ejecutado”— mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pactado; y en los acuerdos de reparto de mercado –ya sea geográfico, o de clientes, o de cuotas de producción– mientras se ejecuten por las partes involucradas las acciones materiales concretas necesarias para mantener cada zona geográfica, o cada cliente, o cada cuota de producción asignados, en manos de su titular;

Vigésimo octavo: Que, sin embargo, este principio no puede ser el mismo en los casos de licitaciones sucesivas, o de procesos de contratación más o menos directa que también se sucedan unos a otros, o en los procesos de contratos a plazo fijo con renovación automática o de tracto sucesivo que se extiendan por un lapso significativo, pues en todos estos casos los efectos del acuerdo de reparto entre distintos competidores subsiste mientras no exista para alguno de ellos la posibilidad de volver a disputar (y eventualmente ganar, por la vía de ofrecer precios competitivos que supongan un quiebre respecto de lo acordado) un cliente originalmente no asignado en dicho reparto. Tal posibilidad sólo puede ocurrir en aquellos casos en los que termine un contrato o corresponda su renovación, o bien cuando sea posible para el cliente cambiar a su proveedor actual de manera que los beneficios que obtenga por ese cambio sean mayores que los costos que dicho cambio implique, los que serán función, a su vez, de los costos de salida que asigne el contrato y de la probabilidad de que se imponga, efectivamente, el cumplimiento forzado del mismo por parte del proveedor perjudicado con su incumplimiento;

Vigésimo noveno: Que, dicho lo anterior, cabe hacer presente que no existe evidencia disponible en autos que permita esclarecer si, efectivamente, existían o no condiciones, respecto de cada contrato suscrito por las cuatro requeridas con los distintos hospitales a lo largo de los años —y del que exista alguna constancia en autos—, para que dichos contratos fuesen terminados anticipadamente o pudiesen ser objeto de disputa entre proveedores durante su período de vigencia. Por esta razón, el único elemento objetivo que este Tribunal puede considerar para tener alguna noción de la oportunidad en que cada contrato pudo haber sido disputado, es su fecha de celebración (cuando existe constancia fidedigna de la manifestación de la voluntad de contratar) o, en su defecto, la fecha del acto administrativo que lo apruebe. Lo anterior, en el entendido de que lo natural y obvio es que rijan durante el período de vigencia pactado en ellos y que, en consecuencia, sólo puedan ser disputados por un proveedor distinto en la fecha en que corresponde renovarlo o celebrar uno nuevo;

Trigésimo: Que, como consecuencia de lo anterior, y haciendo uso de la evidencia disponible en autos, en los considerandos siguientes se analizará, para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cada una de las requeridas, los contratos de aprovisionamiento de oxígeno con hospitales públicos mencionados en el requerimiento de autos y en sus contestaciones, a fin de establecer, para cada caso, la fecha en la que fueron suscritos y contrastarla con la fecha límite para efectos de la prescripción, esto es, el tres de agosto de 2003;

Trigésimo primero: Que, en primer término, respecto de Praxair, los siguientes contratos con hospitales fueron celebrados antes del día tres de agosto de 2003, por lo que este Tribunal acogerá en su respecto la excepción de prescripción de acciones invocada por esta parte: Uno. Hospital Félix Bulnes: contrato de junio de 2003 (borrador que consta en los documentos acompañados por Praxair a fojas 753, cuya Res. Exenta aprobatoria es de fecha 1 de marzo de 2001, según se señala por la Cenabast a fs. 623), respecto del cual existen facturas desde el año 2001; Dos. Instituto Traumatológico: hay facturas desde el año 2001, siendo el último convenio con Praxair de mayo de 2003 (documentos Praxair); Tres. Posta Central: las negociaciones preliminares empezaron en noviembre de 2000, firmándose contrato el 22 de diciembre de 2000 (Res. Exenta de 31 de enero de 2001, según fs. 623). La resolución exenta afirma que se solicitaron cotizaciones a Indura, AGA y Praxair, y que esta última cotizó los valores más baratos (fs. 1.666); Cuatro. Hospital Ezequiel González Cortés: existen facturas desde el año 2001 (documentos Praxair), y el contrato es del 31 de marzo de 2000. Cabe señalar que no existe constancia en autos de contratos celebrados por Praxair con hospitales públicos con posterioridad al día 3 de agosto de 2003, con la sola excepción de aquellos que firmó con motivo de haberse adjudicado la licitación convocada por la Cenabast, hechos estos últimos que, tal como se ha dicho, no dan motivo para entender prescritas las acciones que de ellos se deriven;

Trigésimo segundo: Que, por su parte, respecto de AGA, los siguientes contratos con hospitales fueron perfeccionados antes del día tres de agosto de dos mil tres, por lo que este Tribunal acogerá en su respecto la excepción de prescripción de acciones invocada por esta parte: Uno. Hospitales del Servicio de Salud Arauco (Arauco, Curanilahue, Cañete y Contulmo): AGA los atiende por licitación ganada en septiembre del 2002 (Doc. N° 25, Carpeta AGA); Dos. Servicio de Salud Metropolitano Sur: el 18 de noviembre de 2000 se aprueban los contratos para el Hospital Barros Luco, el Centro de Diagnóstico del Barros Luco, el Hospital Dr. Lucio Córdova, Hospital San Luis de Buin y Hospital El Peral; en esta propuesta participaron LOCSA y AGA (Doc. N° 28, Carpeta AGA, fs. 1.735); Tres. Servicio de Salud Arica: el contrato es de julio de 1998 (fs. 1.615); Cuatro. Hospital Carlos Cisternas de Calama: contrato de noviembre de 1996 (fs. 1.620);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cinco. Servicio de Salud de Antofagasta: contrato de noviembre de 1996 (fs. 1.623); Seis. Hospital San Juan de Dios de La Serena: contrato de septiembre de 1994 (fs. 1.640); Siete. Servicio de Salud de Coquimbo: contrato de enero de 1998 (fs. 1.646); Ocho. Hospital de San Felipe: contrato de agosto de 1993 (fs. 1.653); Nueve. Hospital San Borja Arriarán: contrato de julio de 1996. (fs. 1.670, 1.676); Diez. Hospital San José: contrato de febrero de 1993, que se renueva (y modifica) el 29 de agosto de 1997, sin constancia de licitación (fs. 1.683, 1.685, y 623); Once. Hospital de San Fernando: contrato de 1 de enero de 2000 (fs. 1.794, 623); Doce. Hospital de Curicó: contrato de 1 de enero de 2002 (fs. 1.809, 623); Trece. Hospital de Concepción (Guillermo Grant Benavente): contrato de 1 de mayo de 2001 (fs. 1.824. 623); Catorce. Hospital Víctor Ríos Ruiz, de Los Angeles: contrato de 1 de marzo de 2001 (fs. 1.830. 623); Quince. Hospital de Calama: contrato de 19 de noviembre de 1996 (fs. 623); Dieciséis. Hospital de La Serena: contrato de 1 de enero de 1993; Diecisiete. Hospital Luis Calvo Mackenna: contrato de 27 de diciembre de 2001 (fs. 623); Dieciocho. Hospital de Talca: contrato de 30 de agosto de 1993; y, Diecinueve. Hospital Juan Noé de Arica: sin contrato ni información de fecha (fs. 623);

Trigésimo tercero: Que, sin embargo, y siempre respecto de AGA, según se puede reconstruir a partir de la información que consta a fojas 678 y siguiente, los siguientes contratos con hospitales fueron perfeccionados después del día tres de agosto de 2003, por lo que este Tribunal no acogerá en su respecto la excepción de prescripción de acciones invocada por esta parte: Uno. Entre 2003 y 2005, AGA perdió en manos de su competencia los Hospitales de Victoria y Lonquimay, y ganó los de Rengo y Nacimiento; Dos. Hospital de Lota: era abastecido por AGA y, a comienzos de 2005, se le adjudicó a AGA por licitación pública, dado que fue el único proveedor que no condicionó el flete de cilindros (fs. 210, doc. N° 24 Carpeta AGA); Tres. Hospital de Purránque: ha llamado a numerosas licitaciones, que han sido adjudicadas en algunos casos a AGA y en otros a Indura, siendo la última licitación de agosto de 2005; Cuatro. Hospital de Victoria: cliente abastecido por AGA hasta 2003, que posteriormente la sustituyó por Indura mediante trato directo, para luego, en 2005, licitar y adjudicar el contrato a Indura; Cinco. Hospitales del Servicio de Salud Araucanía Norte: la licitación del año 2005 produjo el cambio de proveedor desde AGA a Indura; Seis. Hospital de Rancagua: licitó a principios de 2004, se adjudicó el aprovisionamiento a Indura, quien con anterioridad era su proveedor principal (AGA sólo proveía algunos gases); Siete. Hospital de Rengo: era atendido por Indura hasta la licitación de 2004 y, después de ésta, es atendido por AGA (según la información que rola a fs. 623, no hay contrato firmado); y, Ocho.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Instituto Nacional del Cáncer: era atendido por AGA y, después de la licitación de 2004, siguió siendo atendido por AGA (fs. 1.691);

Trigésimo cuarto: Que, por su parte, respecto de Air Liquide, los siguientes contratos con hospitales fueron celebrados antes del día tres de agosto de 2003, por lo que este Tribunal acogerá la excepción de prescripción de acciones invocada en su respecto por esta parte: Uno. Hospitales de Quintero, Peñablanca, Limache, Geriátrico, La Calera, La Ligua, Cabildo y Petorca (Servicio de Salud de Viña del Mar): contrato con Air Liquide de febrero de 2002; Dos. Hospital de El Pino: contrato con Air Liquide de mayo de 2001 (fs. 623); Tres. Hospital Las Higueras de Talcahuano: contrato con Air Liquide de junio de 1999 (fs. 1.837). Cuatro. Hospital de Iquique: contrato de 26 de mayo de 1998 (fs. 1.607, fs. 623); Cinco. Hospital Roberto del Río: contrato de 29 de julio de 1999, y existe en la resolución respectiva constancia de que AGA, Indura y LOCSA (Air Liquide) presentaron ofertas (fs. 1.688); Seis. Hospital de Talagante: contrato de diciembre de 2002 (fs. 1.697); Siete. Hospital de Melipilla: contrato de enero de 1999 (fs. 1.703); Ocho. Hospital San Juan de Dios: contrato de septiembre de 1998 (fs. 1.706); Nueve. Servicio de Salud Metropolitano Sur: el 17 de mayo de 2001 aprueba los contratos para el Hospital Barros Luco, el Centro de Diagnóstico del Barros Luco, el Hospital Dr. Lucio Córdova, Hospital San Luis de Buin y Hospital El Peral; se presentaron LOCSA y AGA, y se aceptó la oferta de LOCSA (fs. 1.740); Diez. Hospital de Quilpué: contrato de 2 de junio de 2000, previa licitación pública (fs. 1.775); Once. Hospital Herminda Martín de Chillán: rigió un contrato desde el 7 de diciembre de 1998 hasta septiembre de 2004 (fs. 1.815, 1.816), con modificación de precios a partir de septiembre de 2001 (fs. 1.818); y, Doce. Hospital de Antofagasta: contrato de 14 de julio de 2000 (fs. 623);

Trigésimo quinto: Que, sin embargo, y siempre respecto de Air Liquide, el contrato celebrado con el Hospital Padre Hurtado en octubre de 2001 fue ratificado, a precios menores, en junio de 2004, por lo que debe entenderse celebrado después del día tres de agosto de 2003, razón por la cual este Tribunal no acogerá la excepción de prescripción de acciones invocada por esta parte en su respecto;

Trigésimo sexto: Que, a su vez, respecto de Indura, los siguientes contratos con hospitales fueron perfeccionados antes del día tres de agosto de 2003, por lo que este Tribunal acogerá la excepción de prescripción de acciones invocada en su respecto por esta parte: Uno. Hospital de Ovalle: abril de 2002, contrato con Indura (Doc. 7, carpeta Indura, fs.1.635); Dos. Servicio de Salud Metropolitano

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sur Oriente (Sótero del Río, San José de Maipo, Sanatorio San José de Maipo): abril de 2003, contrato con Indura (Docs. 13 y 14 carpeta Indura, fs. 1.751); Tres. Hospital de Valparaíso: enero de 1993, contrato con Indura, y nuevos contratos el 26 de diciembre de 2001 y el 26 de marzo de 2002. (Docs. N° 57 y 58, carpeta Indura; fs. 1.762, 1.763); Cuatro. Hospital de Linares: octubre de 1994, contrato con Indura. (Doc. N° 66, carpeta Indura, fs. 1.805); Cinco. Hospital de Copiapó: contrato de agosto de 1994 (fs. 1.626); Hospital San Pablo de Coquimbo: contrato de 1 de octubre de 2002 (fs. 1.630); Siete. Hospital San Juan de Dios de Los Andes: contrato de noviembre de 1996, renovado en agosto de 2000 (fs. 1.658); Ocho. Hospital Luis Tizné: contrato de agosto de 2002 (fs. 1.710); Nueve. Instituto de Neurocirugía: contrato de 13 de octubre de 2003 (es una “modificación de contrato” suscrito el 1 de julio de 2002, según consta de fs. 1.724 y 1.726); Diez. Hospital Exequiel González Cortés: contrato de 31 de marzo de 2000 (fs. 1.745); había un contrato anterior entre las partes (1998), que se renovó directamente; Once. Hospital Claudio Vicuña: contrato de 19 de agosto de 2002 (fs. 1.758); Doce. Hospital Gustavo Fricke, de Viña del Mar: contrato de diciembre de 2000, previa licitación pública (fs. 1.769, fs. 623); Trece. Hospital de Quillota: contrato de 1 de mayo de 1997 (fs. 1.780); Catorce. Servicio de Salud Araucanía Norte (Angol, Victoria, Traiguén, Collipulli, Lonquimay, Curacautín, Purén): contrato de 31 de junio de 2003 (fs. 1.842); Quince. Servicio de Salud Araucanía Sur (Temuco, Loncoche, Gorbea, Pitrufquén, Villarrica, Cunco, Toltén, Puerto Saavedra, Carahue, Nueva Imperial, Lautaro, Vilcún, Galvarino, Consultorio Urbano de Miraflores): contrato de 22 de noviembre de 1999 (fs. 1.863); Dieciséis. Hospital de Puerto Montt: contrato de 17 de octubre de 2000 (fs. 1.886); Diecisiete. Servicio de Salud de Osorno, Hospital de Osorno: contrato de 15 de mayo de 2001 (fs. 1.882); Dieciocho. Servicio de Salud de Valdivia, Hospital de Valdivia: contrato de 17 de octubre de 2000 (fs. 1.892); Diecinueve. Hospital de Coquimbo: contrato de 1 de octubre de 2002 (fs. 623); Veinte. Hospital de Linares: contrato de 19 de noviembre de 1994 (fs. 623); Veintiuno. Hospital de Constitución: no hay contrato escrito (fs. 623), pero el requerimiento de la FNE sitúa su celebración durante el año 2002; y, Veintidós. Hospital de Molina: sin contrato escrito (fs. 623), pero el requerimiento de la FNE sitúa su celebración durante el año 2002;

Trigésimo séptimo: Que, sin embargo, y siempre respecto de Indura, los siguientes contratos con hospitales fueron perfeccionados después del día tres de agosto de 2003. En consecuencia, este Tribunal no acogerá la excepción de prescripción de acciones invocada en su respecto por esta parte: Uno. Servicio de Salud O'Higgins, VI Región (Coinco, Chimbarongo, Graneros, Litueche, Lolol,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Marchihue, Nancagua, Peumo, Pichidegua, Pichilemu, Rancagua, Santa Cruz, San Vicente): 29 de marzo de 2004, contrato con Indura. (Doc. 75 carpeta Indura, fs. 1.788); Dos. Hospital de Peñaflor: diciembre de 1992, contrato anual con Indura, renovable automáticamente, sin licitación, y con nuevo contrato firmado en mayo de 2004 (Docs. 51 y 52, carpeta Indura); Tres. Hospital Eduardo Pereira: contrato con Indura, noviembre de 2001, renovado el 25 de febrero de 2003, sin licitación de por medio, y renovado de nuevo el 22 de enero de 2004 (Docs. N° 60 y 61, carpeta Indura); Cuatro. Instituto Nacional del Tórax: 13 de julio de 2004; consta en el contrato que éste “se adjudicó” (fs. 1.717); hay además un contrato similar de 1 de septiembre de 2003 (fs. 1.718); Cinco. Hospital del Salvador: 17 de septiembre de 2003; mediante concurso en el que participaron AGA, Praxair e Indura (fs. 1.732);

Trigésimo octavo: Que, en consecuencia, este Tribunal considerará prescritas todas las acciones que puedan derivar de los hechos así acaecidos o ejecutados antes del día tres de agosto de 2003, referidos en las consideraciones trigésima primera, trigésima segunda, trigésima cuarta y trigésima sexta, precedentes; y considerará como no prescritas para los efectos de esta sentencia las acciones que pudieren emanar de los hechos en ejecución a esa fecha, o ejecutados después de la misma, citados en las consideraciones trigésima tercera, trigésima quinta y trigésima séptima. Son estos últimos hechos los que este Tribunal analizará al ponderar el fondo del asunto sometido a su conocimiento, a fin de establecer su licitud o ilicitud a la luz de las normas del Decreto Ley N° 211;

Trigésimo noveno: Que, sin perjuicio de la conclusión anterior, este Tribunal debe dejar claramente establecido que la declaración de prescripción que se realizará en la parte dispositiva de la presente sentencia, no obsta a que los hechos incluidos en la misma sean considerados y ponderados para establecer las circunstancias, estructura, características y factores del mercado en que operaron las requeridas, a fin de enmarcar así debidamente el análisis de reprochabilidad que, como se dijo, sí corresponde efectuar respecto de las conductas o hechos que puedan dar lugar a acciones que no han sido declaradas como prescritas, toda vez que estos últimos hechos, atendido el contexto dinámico del mercado, no pueden entenderse sin los primeros;

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 32° DEL DECRETO LEY N° 211, PLANTEADA POR AGA:

Cuadragésimo: Que a fs. 673, AGA ha alegado no ser responsable por las conductas que se le imputan en el requerimiento, toda vez que, según afirma, el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Dictamen N° 1139/2000, de la Honorable Comisión Preventiva Central, las habría declarado lícitas por no ser contrarias a la libre competencia, aplicándose en consecuencia y en su favor lo señalado en el artículo 32° del texto vigente del Decreto Ley N° 211, en el sentido que los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación”;

Cuadragésimo primero: Que, a juicio de este Tribunal, la referida alegación debe desecharse, toda vez que la simple lectura del Dictamen citado revela que los hechos que se tuvieron en cuenta al momento de su redacción son distintos y anteriores a los que motivan esta sentencia;

EN CUANTO AL FONDO:

Cuadragésimo segundo: Que, en cuanto al fondo, corresponde a este Tribunal pronunciarse, tal como se ha señalado, acerca de dos grupos de conductas imputados por la Fiscalía a las requeridas. El primero de estos grupos de conductas es la realización de una concertación para repartirse el mercado que afectaría al de provisión de oxígeno líquido medicinal a hospitales del sistema público de salud, la que se expresaría, a su vez, en las siguientes conductas: determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria, y dispersión de precios e imposición de precios muy por encima de los que pagaban otros clientes con niveles de consumo similares. El segundo grupo de conductas, ya se ha dicho, consiste en la realización de una práctica concertada para eliminar o restringir la libre competencia en el proceso de licitación de Cenabast para la provisión de oxígeno líquido al sistema de salud pública, del año 2004;

Cuadragésimo tercero: Que, para analizar ambos grupos de conductas, es preciso, en primer lugar, dejar establecidas las condiciones y características del mercado que habría sido afectado, las que fueron objeto de prueba en autos (puntos de prueba b. y c., de fs. 365);

Cuadragésimo cuarto: Que, al respecto, resulta imprescindible señalar que, en general, en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado por dicho acuerdo o práctica, toda vez que, en principio, tales prácticas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

serían restrictivas de la competencia sólo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son *per se*. Ahora bien, para establecer la ocurrencia de estas conductas y juzgarlas debe ponderarse la evidencia material del acuerdo mismo o bien, según corresponda, los indicios o antecedentes que sean aptos, con arreglo a la valoración que haga el Tribunal, para establecer los hechos juzgados y sus circunstancias concomitantes. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en los casos de abuso de posición dominante, o en los de procedimientos de control de operaciones de concentración entre empresas. En efecto, en estos dos últimos casos, es conveniente delimitar el mercado relevante, a fin de medir, respectivamente, si existe una posición de dominio susceptible de abuso, o si las empresas que pretendan concentrarse alcanzarán o no tal posición;

Cuadragésimo quinto: Que, sin perjuicio de lo anterior y para efectos metodológicos, este Tribunal establecerá, de acuerdo con la evidencia recopilada en autos, cuáles son los elementos distintivos del mercado potencialmente afectado y, en particular, si existen o no mercados vecinos o conexos cuyas características condicionen las conductas que se lleven a cabo en el primero, o en los que éstas puedan producir un efecto indirecto o colateral significativo. Esto último cobra importancia desde el momento en que las partes han hecho abundante caudal acerca de las características y de las diferencias o similitudes que existirían entre los denominados “mercado industrial” y “mercado medicinal” del oxígeno líquido;

Cuadragésimo sexto: Que, en efecto, mientras la Fiscalía ha sostenido que el mercado a considerar en esta causa es (fs. 1 y ss.) “desde el punto de vista del producto, el del oxígeno de alta pureza, líquido y gaseoso” y que “el territorio en el que distribuyen y comercializan su producto es el nacional, determinado, para el caso de los hospitales, por la red de establecimientos del Sistema de Salud Público”, las requeridas han afirmado que para determinar el mercado relevante del producto, “debe considerarse que el mercado industrial del oxígeno y el mercado medicinal del oxígeno son distintos, por consideraciones de pureza, de clasificación de este último producto como “farmacéutico” por la autoridad competente, y por la existencia de normas de pureza —que en Chile es la Nch N° 2168— y de estándares exigibles a las instalaciones de gases medicinales” (Praxair, a fs. 97 y ss.). Por su parte, se ha dicho que “el suministro de oxígeno puesto en el hospital no constituye un producto homogéneo” (AGA, a fs. 206); que debe distinguirse entre los mercados “del oxígeno medicinal líquido y gaseoso, (que son) distintos de otros tales como los industriales y el proceso”

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(Indura, a fs. 243); y que, desde el punto de vista geográfico, se puede distinguir el mercado de la zona norte (I a III Región), de la zona central (de la IV a la VII Región), de la zona sur (de la VII a la X Región) y zona extremo sur (regiones XI y XII), en los que participan distintos oferentes (la misma Indura, a fs. 247 y 248). También se ha señalado que el mercado relevante de producto es “el oxígeno medicinal producido en estado líquido o gaseoso, es decir, separado del aire por cualquier medio idóneo (incluyendo el sistema PSA) y que puede ser distribuido en cilindros o a granel”, no siendo el oxígeno un producto homogéneo, mientras que el mercado geográfico relevante debe incluir el internacional y considerar las ventajas competitivas que tiene cada productor según el lugar donde se encuentren sus plantas (Air Liquide, a fs. 273 y ss.);

Cuadragésimo séptimo: Que de las afirmaciones anteriores es necesario tener presente, en general, que el oxígeno líquido o gaseoso para fines comerciales se distribuye principalmente en dos canales o mercados que, por sus características, son en principio distintos: el denominado mercado “industrial”, y el así llamado mercado “medicinal”, presentándose en ambos características diferenciadoras que, a juicio de este Tribunal, están suficientemente acreditadas en autos. Así, por ejemplo, se ha demostrado por vía documental (página 9, y páginas 6 y 7, respectivamente, de los informes económicos presentados por AGA a fs. 202 y fs. 684; documentos presentados por AGA a fs. 936, por Indura a fs. 694 y 1.357, por Air Liquide a fs. 822, por Praxair a fs. 753 y por la propia FNE a fs. 717) y también testimonial (declaraciones de testigos de fs. 645, 723, 742, 1.003, 1.053, 1.065, 1.076 y 1.138) que el producto no es totalmente homogéneo, y que tanto el tipo de contrato como las condiciones de suministro en uno y otro caso son diferentes;

Cuadragésimo octavo: Que habida cuenta de lo anterior, aparece suficientemente probado en autos que, en principio, el mercado industrial del oxígeno es distinto del medicinal. Sin embargo, es importante destacar que uno y otro mercado están estrechamente relacionados, constituyendo lo que se conoce como mercados conexos o vecinos, pues existe en nuestro país una serie de factores que, estando presentes en alguno de los dos mercados, afectan o determinan las condiciones de competencia del otro. Así ocurre, por ejemplo, con la escala necesaria para ingresar al mercado medicinal, pues el volumen de demanda de este último no es suficiente, por sí solo, para permitir la instalación de una planta de producción de oxígeno, razón por la cual, por lo general, se ha observado que los actores en el mercado han ingresado al mismo para vender oxígeno industrial, y que sólo una vez asegurado un flujo adecuado de demanda

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de clientes industriales, se produce y provee oxígeno con los requisitos y en la forma que exigen los clientes del sector salud, al punto que, en ventas, el mercado medicinal del oxígeno representa para todos los partícipes un porcentaje sustancialmente inferior que el mercado industrial. Estas circunstancias no han sido contradichas por las partes y están acreditadas en la causa. Así se desprende, entre otros antecedentes, del informe económico presentado por AGA a fs. 202, del informe presentado por Cenabast a fs. 568, y de las declaraciones de testigos de fs. 657, 1015, y 1073;

Cuadragésimo noveno: Que el carácter conexo o vecino de ambos mercados será especialmente considerado por este Tribunal a la hora de evaluar las conductas imputadas en autos a las requeridas, pues dicha característica constituye uno de los factores estructurales que sirve para mejor entender y explicar el mercado del oxígeno líquido medicinal demandado por hospitales públicos;

Quincuagésimo: Que, respecto de la dimensión geográfica del mercado afectado, existen en el expediente diversos elementos de segmentación geográfica que obligan a mirar cada una de las conductas imputadas en relación al área de influencia de los proveedores, la que, a su vez, depende tanto de la distancia que exista entre la planta de producción de oxígeno y el punto de entrega, como de la dispersión territorial que presente un cliente o grupo de clientes determinado. Así se desprende de los antecedentes aportados a fs. 650 (declaración de don Ernst Nicolai, testigo de la parte de la FNE); fs. 202 (informe económico acompañado por AGA); fs. 1065 (declaración de don Patricio Rojas, testigo por la parte de AGA); fs. 685 (escrito de Air Liquide); fs. 822 (documentos acompañados por Air Liquide, N° 27 y N° 43); fs. 742 (declaración de don Patricio Renner Peña, testigo de la parte de la FNE); y 694 (documentos acompañados por Indura, N° 10 y N° 79);

Quincuagésimo primero: Que, por otra parte, se ha señalado en el requerimiento de autos que el mercado del oxígeno medicinal para hospitales presenta como característica la existencia de barreras a la entrada que facilitarían a los actores del mismo la realización de prácticas como las imputadas a las requeridas; y que dichas barreras consistirían, en esencia, en la propiedad de los estanques de almacenamiento de oxígeno líquido por parte de la empresa abastecedora, los que constituirían una verdadera instalación esencial. Las requeridas, por su parte, han contra-argumentado en el sentido que no existen tales barreras, y que la propiedad de los estanques no es un límite para que otros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competidores puedan disputar un contrato determinado con un hospital, ni para que este último pueda, si lo desea, cambiar de proveedor;

Quincuagésimo segundo: Que la única barrera a la entrada alegada en la acusación de la FNE dice relación con la propiedad de los estanques que deben instalarse en los centros hospitalarios. En opinión de este Tribunal, el hecho que dichos estanques sean de propiedad de las empresas no se puede considerar una barrera de entrada o de salida, si no que, más bien, constituye un costo de ingreso o de cambio que no supone un obstáculo insuperable para un potencial entrante al mercado. Así es considerado también en las páginas 27 a 31 del informe económico acompañado por Praxair a fojas 753, en el informe económico acompañado por Air Liquide a fojas 935 y en el informe económico acompañado por AGA a fojas 936. A mayor abundamiento, el costo de instalar una planta nueva es del orden de los US\$ 14 millones, cuestión que es abordada, por ejemplo, en la página 62 del informe económico acompañado por Indura a fojas 694. Asimismo, en la página 23 del informe económico acompañado por AGA a fojas 202, se afirma que el mercado no presenta barreras de entrada ni de salida; y el testigo de la parte de AGA, Rodrigo Vergara, afirma, a fojas 1011 y siguientes que no observa barreras de entrada o salida al mercado. Esta misma afirmación es realizada por el testigo de la parte de Air Liquide, Ricardo Paredes, a fojas 1210 y siguientes;

Quincuagésimo tercero: Que, por otra parte, en cuanto a las participaciones de mercado de las requeridas, cabe señalar que éstas son las únicas que proveen oxígeno líquido y gaseoso en Chile (aparte del oxígeno producido a través de plantas PSA). La participación de mercado de las requeridas en 2002, por ejemplo, se presenta en la siguiente tabla:

Cuadro 1

Participación en el mercado total de gases (2002)

Empresa	Participación (%)
Indura	47,4%
AGA	28,4%
Air Liquide	13,7%
Praxair	10,5%

Fuente: informe Cenabast, fojas 556

Quincuagésimo cuarto: Que, con anterioridad a la licitación convocada por Cenabast —esto es, en el período 2001-2004, a que hace alusión el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

requerimiento de autos—, la provisión de oxígeno líquido a los hospitales públicos era realizada por las cuatro empresas requeridas —o por distribuidores de las mismas—, salvo contadas excepciones, como es el caso de los hospitales Carlos Van Buren y de Punta Arenas, que utilizan plantas PSA para estos fines. Existían diversas modalidades de contratación: en algunos casos, se realizaban licitaciones, públicas o privadas, por hospital o por pequeños grupos de hospitales y, en otros, se renovaban directamente los contratos existentes. Era frecuente que no existiese una relación contractual escrita. Así se desprende de los antecedentes que rolan a fojas 556, 567 y 716 bis, entre otros. Con el objeto de precisar la importancia relativa de las cuatro empresas en el mercado de provisión de gases medicinales en el sector público de la salud en esa época, el siguiente cuadro muestra la participación de mercado de cada una de ellas, medida en términos de ventas:

Cuadro 2

**Participación en el mercado de gases medicinales – sector público de salud
(2002)**

Empresa	Participación (%)
Indura	50,0%
AGA	27,9%
Air Liquide	16,3%
Praxair	5,8%

Fuente: Informe Cenabast, fojas 556

Quincuagésimo quinto: Que así analizada la composición de la oferta en el mercado en cuestión, debe también considerarse las condiciones de demanda existentes en el mismo, a fin de establecer la forma en que los hospitales públicos contrataban y obtenían la provisión de oxígeno para sus instalaciones. Al respecto, aparece suficientemente probado en autos que los hospitales actuaban, antes de la licitación de Cenabast, de manera dispersa y no coordinada, guiándose por sus propias necesidades individuales de abastecimiento de oxígeno, y sobre la base de condiciones de contratación que dependían, por lo general, de sus volúmenes de demanda, de sus instalaciones técnicas, de su capacidad de pago y crédito, del plazo de los contratos adjudicados y de la información disponible en el mercado respecto de las distintas ofertas y precios. Lo anterior consta de los antecedentes que rolan a 556, 567, 716 bis, 730 y siguientes, y 748 y siguientes, entre otros;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo sexto: Que de los antecedentes que rolan en autos este Tribunal se ha formado la convicción de que los hospitales públicos se enfrentaban, antes del llamado a licitación de Cenabast, a un mercado opaco, con grandes asimetrías de información respecto de las alternativas y precios de oxígeno medicinal, y también respecto de los precios disponibles en el mercado del oxígeno industrial. Esta situación se veía agravada por los procedimientos poco eficientes utilizados por los hospitales para contratar el suministro de oxígeno. Como consecuencia de todo lo anterior, es posible apreciar, en la época previa a la licitación de Cenabast, una notoria dispersión de precios, además de grandes diferencias en las condiciones finalmente pactadas con los distintos proveedores por cada uno de los hospitales que a la fecha conformaban el sistema público de salud. Todas estas características, constitutivas de falta de transparencia en el mercado, han sido acreditadas en el expediente mediante, entre otras, las siguientes probanzas e indicios: informe acompañado por Cenabast a fojas 556; informe de D&G Consultores, acompañado por Cenabast a fojas 567; declaración del testigo de la parte de AGA, don Patricio Rojas, que rola a fojas 1065; declaración del testigo de la parte de Indura, don Jorge Quiroz, que rola a fojas 1091; bases de diversas licitaciones realizadas por hospitales públicos, acompañadas por Praxair a fojas 753; y copias de bases de licitación –o propuestas de bases de licitación– de once hospitales entre 2003 y 2005, acompañadas por Indura a fojas 1357;

Quincuagésimo séptimo: Que, en efecto, los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717 –que corresponde a información entregada por las propias partes–, contenidos en los cuadernos formados según solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944, acreditan una importante variabilidad en los precios cobrados a distintos hospitales públicos, tanto entre las distintas compañías como dentro de cada compañía. A modo de ejemplo, si se consideran los diez hospitales públicos de mayor consumo, una empresa en particular cobró precios entre $\$727/m^3$ y $\$343/m^3$ en 2002. En ese mismo año, siempre considerando los diez hospitales públicos de mayor consumo atendidos por cada una de las requeridas, el menor precio por metro cúbico observado es de $\$323$, mientras que el máximo es de $\$727$.

Los precios promedio ponderado, pagados por los diez hospitales públicos con mayor demanda de oxígeno líquido entre los años 2001 y 2004 fluctuaron entre los $\$542,94/m^3$ y los $\$364,99/m^3$, tal como se desprende del cuadro siguiente:

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Cuadro 3

Precios promedio ponderado pagados por oxígeno líquido por 10 hospitales públicos de mayor volumen demandado, por empresa, años 2001 a 2004 (\$/m³).

Año	2001	2002	2003	2004
Empresa 1	489,71	522,05	514,03	492,72
Empresa 2	411,23	472,35	482,36	479,57
Empresa 3	458,70	542,94	487,60	495,89
Empresa 4	364,99	377,40	402,79	407,22

Fuente: elaborado a partir de información de documentos acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717

En los dos cuadros siguientes es posible observar los precios mínimos y máximos cobrados por cada empresa para la misma muestra de hospitales considerada en el cuadro anterior.

Cuadro 4

Precios mínimos y máximos pagados por oxígeno líquido por 10 hospitales públicos de mayor volumen demandado, por empresa, años 2001 a 2004 (\$/m³).

Año	2001		2002		2003		2004	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Empresa 1	343	727	408	727	371	727	330	727
Empresa 2	290	290	390	390	400	620	406	620
Empresa 3	400	640	421	756	445	556	438	570
Empresa 4	171	394	242	379	329	403	329	405

Fuente: A partir de información de documentos de las requeridas, acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717

A mayor abundamiento, a continuación se presenta el precio promedio (general) cobrado por las empresas por el producto oxígeno líquido medicinal, para los años 2001 a 2004, de acuerdo a lo informado a la FNE por las propias requeridas:

Cuadro 5

Precios unitarios promedio de oxígeno líquido medicinal, años 2001 a 2004 (\$/m³).

Año	2001	2002	2003	2004
Empresa 1	493	528	530	517 ⁽¹⁾
Empresa 2 ⁽²⁾	361	423	441	380 ⁽³⁾
Empresa 3	461	548	501	510 ⁽⁴⁾
Empresa 4	404	419	436	445 ⁽⁵⁾

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Fuente: elaborado a partir de información de documentos acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717.

Notas: (1) Datos de enero a agosto de 2004; (2) Esta empresa informó precios y volúmenes de oxígeno líquido medicinal e industrial en forma conjunta, por lo que se presenta el promedio general de precios de oxígeno líquido informado por la misma; (3) Proyección de la empresa; (4) No se especifica período; (5) Datos de enero a junio de 2004.

Algunas requeridas acompañaron información de precios cobrados a hospitales públicos, adicional a la ya presentada. En el informe económico acompañado por AGA y que rola a fojas 185, se presentan los precios promedio de oxígeno líquido por tipo de cliente entre los años 2002 y 2005.

Cuadro 6

Precios de oxígeno líquido cobrados por AGA a hospitales públicos (\$/m³)

Año	2002	2003	2004	2005 (a julio)
Oxígeno Líquido	426,31	436,92	440,13	434,65
Arriendo	7,65	8,54	8,39	8,37
Flete	24,63	24,67	21,18	21,72
Total con Servicios	458,60	470,13	469,70	464,74

Fuente: Informe económico acompañado por AGA a fojas 202.

Por su parte, Praxair informa a fs. 753 respecto de los precios que cobra a hospitales públicos; información que se resume a continuación:

Cuadro 7

**Precios de oxígeno líquido cobrados por Praxair a hospitales públicos
(\$/m³)**

Año	2001	2002	2003	2004
Precio promedio (\$)	498,12	593,77	501,30	505,89

Fuente: Elaborado a partir de información contenida en el escrito de Praxair de fojas 753.

Quincuagésimo octavo: Que este contexto de mercado y de dispersión de precios es el que, según la FNE, revelaría la existencia de un acuerdo destinado a repartirse el mercado en cuestión. En particular, tal dispersión sería la consecuencia directa de actos específicos de reparto –con su correspondiente corolario, esto es, la negativa de suministro– y la discriminación de precios. Corresponde en este punto, entonces, discernir si ello es así efectivamente, o si las causas de dicha dispersión de precios deben buscarse en condiciones de mercado no imputables a las requeridas;

Quincuagésimo noveno: Que, a juicio de este Tribunal, de la evidencia aportada por las partes al proceso no es posible concluir si la dispersión de precios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

observada antes de la licitación de Cenabast es expresión o efecto de una conducta concertada de las requeridas en orden a repartirse el mercado del oxígeno medicinal, o si, en cambio, no es más que una consecuencia natural de la opacidad antes referida y de la conjunción de diversos factores concomitantes, tales como, entre otros, (a) la ubicación geográfica de las plantas de producción de oxígeno en relación con la ubicación de los distintos hospitales (aun cuando no existe evidencia en autos de que, para todos los casos, exista necesariamente una correlación directa entre ambas ubicaciones y la dispersión observada); (b) la disímil duración de los contratos y de las relaciones cliente-proveedor; (c) las diferencias observadas en la capacidad de negociación de los distintos hospitales; (d) las diferentes condiciones de pago asociadas a cada cliente según su comportamiento histórico al respecto; y, (e) excedentes de producto disponible en planta al momento de firmar el contrato respectivo; circunstancias todas acerca de las cuales se han aportado abundantes antecedentes en autos. Así consta, por ejemplo, del informe económico acompañado por AGA a fojas 202, del informe acompañado por Cenabast a fojas 558, del informe económico acompañado por Praxair a fojas 753, del informe económico acompañado por Air Liquide a fojas 935, del informe económico acompañado por AGA a fojas 936, de la declaración del testigo de la parte de AGA, don Patricio Rojas, que rola a fojas 1065; de la declaración jurada de Claudio Farah, acompañada por la FNE a fojas 717; de la declaración del testigo de la parte de la FNE, don Patricio Renner, que rola a fojas 742; de documentos acompañados por Indura a fojas 694; y de los documentos acompañados por Praxair a fojas 753, entre otros antecedentes;

Sexagésimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, corresponde a este Tribunal hacerse cargo de las distintas imputaciones específicas planteadas por la FNE en su requerimiento. Para ello, en los considerandos siguientes se analizará cada una de tales imputaciones y las respectivas defensas de las requeridas, con excepción de aquellas que se refieran a contratos respecto de los cuales opera la prescripción de acciones que se declarará en la parte dispositiva de esta sentencia y que han sido detalladas en los considerandos trigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo cuarto y trigésimo sexto, precedentes;

Sexagésimo primero: Que, en relación con la acusación de reparto de mercado, la Fiscalía ha señalado, en primer lugar, que en el año 2002, el Hospital de Llay-Llay compró a AGA 6.200 m³ de oxígeno gaseoso a \$2.346/m³; mientras que, en la misma región, el Hospital de Quilpué compró a Air Liquide 5.400 m³ a \$1.099/m³. En su defensa, AGA argumentó que no ha vendido oxígeno al Hospital de Llay-Llay, y que este hospital compraba oxígeno a un revendedor, el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señor Nelson Leroy, quien, a su vez, lo compraba a la empresa Sindigas Ltda., la que los adquiría de AGA en Los Andes. Por su parte, Air Liquide argumentó que el contrato con el Hospital de Quilpué comprendía el suministro de oxígeno líquido, anhídrido carbónico, aire medicinal, óxido nitroso y equipamiento medicinal; por lo que no era comparable con el Hospital de Llay-Llay, que era un cliente de menor tamaño. A lo anterior, debe sumarse que Air Liquide mantenía un contrato de suministro de oxígeno gaseoso para Hospitales Tipo 4 de todo el Servicio de Salud Viña del Mar. Por ello, la operación logística se encontraba en el límite de lo posible para los camiones y tráileres criogénicos existentes, por lo que incorporar a un nuevo hospital (como Llay-Llay) habría implicado incurrir en un aumento significativo de costos fijos. Al respecto, no consta en el expediente evidencia específica que permita a este Tribunal establecer las fechas de celebración de los contratos de suministro de oxígeno celebrados por el Hospital de Llay-Llay. Sin embargo, la propia acusación de la FNE sitúa los hechos denunciados en el año 2002, por lo que, a falta de otro antecedente, no cabe sino entender que opera respecto de las acciones que se derivan de tales hechos la prescripción extintiva correspondiente, de acuerdo con los criterios planteados precedentemente en esta sentencia; razón por la cual se desechará esta acusación;

Sexagésimo segundo: Que, siempre en relación con la acusación de reparto de mercado, la Fiscalía ha señalado, en segundo lugar, que el Hospital Félix Bulnes compró a Praxair 23.000 m³ de oxígeno gaseoso a \$1.500/m³; en circunstancias que el Hospital de Peñaflor compró a Indura 21.000 m³ a \$750/m³. Al respecto, Praxair argumentó que el precio promedio pagado por el Hospital Félix Bulnes para la adquisición de oxígeno gaseoso fue de \$1.093/m³. Si este precio era superior al de otros hospitales, era plenamente justificable, pues no existía contrato escrito y el hospital era muy mal pagador, entre otras razones. Por su parte, Indura argumentó que, de acuerdo a su información, el precio promedio para 2002 fue de \$608/m³ (y no \$750/m³) y que, en dicho año, el volumen sería de 24.188 m³ y no de 21.000 m³. Dado que, según lo establecido por este Tribunal en el considerando trigésimo séptimo, precedente, no opera la prescripción de acciones en relación a los contratos celebrados por Indura con el hospital de Peñaflor, corresponde analizar si la dispersión de precios que aquí imputa la FNE corresponde, evaluada en contexto, a una práctica concertada de reparto de mercado. A juicio de este Tribunal, si bien las imputadas mencionadas no probaron que tal dispersión de precios era consistente cuantitativamente con diferencias de costos, la FNE tampoco aportó antecedentes adicionales sólidos que permitan arribar a estos sentenciadores a la convicción en orden a que de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señalada dispersión debe desprenderse una práctica concertada de las requeridas;

Sexagésimo tercero: Que, ahora en relación con la acusación de determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria, entendidas como expresión o efecto del reparto de mercado denunciado, la FNE ha dicho que, en 2002, AGA le vendió 18.400 m³ de oxígeno líquido al Instituto del Cáncer a un precio de \$680/m³, en circunstancias que cobró sólo \$447/m³, para un volumen similar, al Hospital San Luis de Buin. AGA argumentó que el precio cobrado al Hospital San Luis de Buin era resultado del proceso de licitación convocado por el Servicio de Salud Metropolitano Sur en 2000, que incluyó además a los Hospitales Barros Luco Trudeau, Centro de Diagnóstico Terapéutico Hospital Barros Luco Trudeau, Dr. Lucio Córdova y El Peral, con un consumo total de 340.000 m³ para el año 2002 (volumen más de 18 veces mayor que el consumo del Instituto Nacional del Cáncer). Dado que, según lo establecido por este Tribunal en el considerando trigésimo tercero, precedente, no opera la prescripción de acciones en relación a los contratos celebrados por AGA con el Instituto del Cáncer, corresponde analizar si la dispersión de precios que aquí imputa la FNE, evaluada en contexto, revela o no una práctica concertada de reparto de mercado cuya expresión y efecto es la determinación anticompetitiva de precios y la discriminación de los mismos. A juicio de este Tribunal, si bien la imputada en este caso no probó que tal dispersión de precios era consistente cuantitativamente con diferencias de costos, la FNE tampoco aportó antecedentes adicionales sólidos que permitan arribar a estos sentenciadores a la convicción de que, de la determinación del precio y su discriminación, deba desprenderse una práctica concertada de las requeridas;

Sexagésimo cuarto: Que, siempre en relación con la imputación de determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria, la FNE ha señalado también que Indura vendió 46.000 m³ de oxígeno líquido al Hospital Dr. Eduardo Pereira, de Valparaíso, a \$639/m³; y 39.500 m³ al Hospital San José de Maipo a \$379/m³. Indura alegó en su defensa que las cifras correctas son, para el caso del Hospital Dr. Eduardo Pereira, 49.269 m³ de oxígeno líquido a un precio medio de \$517/m³. Como ya se señaló, en 2002 Indura no vendió oxígeno líquido al Hospital San José de Maipo, y en el año 2003 se vendió conjuntamente a este hospital y al Hospital Sótero del Río. Dado que, según lo establecido por este Tribunal en el considerando trigésimo séptimo, precedente, una vez más no opera la prescripción de acciones en relación a los contratos celebrados por Indura con el Hospital Dr. Eduardo Pereira, debe analizarse si la dispersión de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

precios que aquí imputa la FNE corresponde, evaluada en contexto, a una práctica concertada de reparto de mercado, cuya expresión y efecto es la determinación anticompetitiva de precios y la discriminación de los mismos. A juicio de este Tribunal, los descargos presentados por la empresa acusada, parcialmente respaldados en autos, mediante el documento que rola a fs. 849 y siguientes del Tomo III del Cuaderno de Documentos de Indura, no son suficientes para persuadir a estos sentenciadores de que tal dispersión de precios era consistente cuantitativamente con diferencias de costos. Sin embargo, la FNE tampoco aportó antecedentes adicionales sólidos que permitan arribar a la convicción de que, de la determinación del precio y su discriminación, debe desprenderse una práctica concertada de las requeridas;

Sexagésimo quinto: Que, siempre en relación con la acusación de determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria, como expresión de reparto de mercado entre las requeridas, la FNE ha dicho que Air Liquide vendió al Hospital de Tomé 8.200 m³ de oxígeno gaseoso a un precio de \$1.773/m³; y al Hospital Las Higueras de Talcahuano, 6.500 m³ a un precio de \$1.071/m³. Air Liquide se defendió argumentando que el Hospital de Tomé es un establecimiento Tipo 4, por lo que su consumo casi único era oxígeno. El total de facturación de Air Liquide era de aproximadamente 25 millones de pesos anuales. En cambio, el Hospital Las Higueras era un establecimiento Tipo 1, que consumía todo el conjunto de productos y servicios que ofrecía Air Liquide, y cuya facturación anual ascendía a 105 millones de pesos. Al respecto, no consta en el expediente evidencia específica que permita a este Tribunal establecer las fechas de celebración de los contratos de suministro de oxígeno suscritos por el Hospital de Tomé, ni tampoco indicios suficientes que permitan sustentar de manera inequívoca la tesis planteada por la FNE. Además, las diferencias objetivas en las condiciones de compra de oxígeno y sus volúmenes, aportada por Air Liquide, podrían justificar las diferencias de precios observadas. Por todo lo anterior, esta acusación específica de la FNE también deberá desecharse;

Sexagésimo sexto: Que, también respecto de la acusación de determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria, la FNE ha imputado a AGA el haber vendido 7.000 m³ de oxígeno gaseoso al Hospital de Lota a \$1.752/m³, y 7.300 m³ al Hospital de Los Ángeles, a un precio de \$1.116/m³. AGA indicó en su favor que, de ser la acusación correspondiente al año 2002, las cifras presentadas por la Fiscalía Nacional Económica son incorrectas. Los precios habrían sido de \$1.031,9 para el Hospital de Lota y \$957,2 para el Hospital de Los Ángeles. Por otro lado, argumentó que existían muchas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diferencias entre un hospital y otro. En primer lugar, el Hospital de Lota arrendaba una gran cantidad de cilindros, mientras que el de Los Ángeles contaba con un importante número de cilindros propios. Segundo, el volumen total de oxígeno que consumía el Hospital de Los Ángeles era mucho mayor (en 2002, consumió 105.824 m³ de oxígeno líquido, adicionales al gaseoso). Tercero, existían importantes diferencias en los fletes. Cuarto, los contratos de los Hospitales con AGA eran de diferentes épocas, y tenían distintas bases de reajuste. Por último, el Hospital de Los Ángeles era históricamente mejor pagador que el Hospital de Lota. En relación con esta acusación, este Tribunal estima que es preciso tener presente que ella no se refiere a una época determinada, lo que imposibilita efectuar una comparación de precios que sea útil para los efectos de establecer una eventual determinación anticompetitiva de los mismos y un posible caso de discriminación arbitraria posibilitada por un reparto de mercado entre las requeridas, lo que obliga a descartar de plano esta imputación, sin necesidad de efectuar un análisis detallado de los descargos de AGA;

Sexagésimo séptimo: Que en relación con la tercera acusación específica formulada por la FNE en su requerimiento –esto es, que los hospitales enfrentan precios muy por encima de lo que pagan otros clientes con niveles de consumo similares, lo que también debe entenderse como expresión o efecto de una presunta práctica concertada dirigida al reparto del mercado entre las requeridas–, la FNE ha señalado que Air Liquide vendió, el año 2003, 100.930 m³ de oxígeno líquido al Hospital Roberto del Río, a un precio promedio de \$433/m³; en circunstancias que, en el mismo año, vendió 97.073 m³ de oxígeno líquido a Minera Meridian Ltda., a un precio de \$189/ m³. Air Liquide explicó que posee una planta productora de gases en el norte del país, dedicada principalmente al suministro de oxígeno gaseoso a la Fundación de Alto Norte. Esta planta genera, a su vez, otros gases, como oxígeno líquido. A la fecha en que se firmó el contrato con Minera Meridian, esto es, en abril de 2000 (según consta en declaración jurada que rola a fs. 578 del Tomo II del cuaderno de documentos acompañados por Air Liquide), la planta disponía de excedentes de oxígeno líquido. Si bien el precio negociado con Meridian era bajo, éste se encontraba justificado, atendido que al menos generaba un ingreso no despreciable. Ninguno de estos factores, según Air Liquide, se encontraba presente en el caso del Hospital Roberto del Río. A juicio de este Tribunal, la FNE compara en este caso precios cobrados en dos mercados que, como ya se ha establecido precedentemente, son vecinos o conexos, y utiliza, como elementos a comparar, un contrato –el del hospital Roberto del Río- y otro –el de Minera Meridian- celebrados ambos en fechas anteriores al tres de agosto de 2003, por lo que la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acción ejercida a su respecto por la Fiscalía es de aquellas a las que debe aplicarse la prescripción, tal como se ha determinado en el considerando trigésimo cuarto, precedente; razón por la cual esta acusación será rechazada;

Sexagésimo octavo: Que, por último, y también respecto de la tercera acusación específica formulada por la FNE en su requerimiento, ésta ha imputado a Indura el haber vendido, el año 2003, 50.609 m³ de oxígeno gaseoso al Hospital Regional de Rancagua, a un precio promedio de \$1.033/m³. En el mismo año, vendió 47.812 m³ de oxígeno gaseoso a Edyce S.A., a un precio de \$470/m³. Indura se defendió alegando que Edyce S.A. era un cliente estratégico e integral de Indura en la zona sur, que compraba oxígeno líquido e industrial, además de otros gases industriales, soldaduras y equipos. Por su parte, el Hospital de Rancagua era un cliente medicinal que compraba oxígeno medicinal líquido y gaseoso, además de otros gases medicinales. La planta de Edyce se encuentra en la VIII Región; el Hospital de Rancagua, en la VI. Indura abastecía al Hospital de Rancagua desde los años 80. Dado su pésimo comportamiento de pago y la costumbre de solicitar descuentos a la hora de pagar la deuda histórica, Indura siempre instó a que se suscribiera un contrato, a lo que el hospital se negaba, por lo que dicha negativa se vio naturalmente reflejada en los precios. A juicio de este Tribunal, las diferencias en el comportamiento de pago existentes entre el Hospital de Rancagua y Edyce, la distinta ubicación geográfica de ambos clientes respecto de la planta de Indura, así como los distintos tipos de productos demandados por cada uno de ellos, alegadas en su favor por esta requerida, constituyen elementos de juicio importantes —mas no suficientes— para afirmar que la explicación de las diferencias de precios entregada por Indura es indubitable. En efecto, la evidencia aportada en autos por esta compañía, especialmente el documento que rola a fs. 849 y siguientes del Tomo III del Cuaderno de Documentos de Indura, no contiene información que justifique, cuantitativamente, en razones de costos, las diferencias de precios denunciadas por la FNE. Sin embargo, la requirente no aportó suficientes antecedentes como para formar la convicción en estos sentenciadores de que tales diferencias de precios son expresión o efecto de un comportamiento concertado de las requeridas. Por ello, también se rechazará esta acusación específica;

Sexagésimo noveno: Que, al tenor de las consideraciones precedentes, es posible concluir que no existe evidencia ni indicios suficientes para acoger la pretensión de la FNE respecto del primer grupo de conductas que ha imputado a las requeridas como indicadoras de una práctica concertada de reparto de mercado, debiendo tenerse presente, sin embargo, que tales conductas, tal como

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se ha demostrado, se llevaron a cabo en el contexto de un mercado caracterizado por un elevado grado de opacidad que, sin duda, afectaba a los demandantes de oxígeno medicinal en el sector público de salud; y que, además, permitía a los oferentes en este mercado –y en su vecino, el del oxígeno industrial– extraer de sus clientes un excedente del consumidor superior al que podría haberse obtenido de los mismos en condiciones de mayor transparencia. Lo anterior, como se verá, es un elemento de juicio importante para el análisis del segundo grupo de conductas imputadas a las requeridas, esto es, la circunstancia de haberse coludido con el propósito de hacer fracasar, en su propio beneficio, la licitación convocada por Cenabast para, precisamente, poner término a las asimetrías de información que afectaban a los hospitales. Adicionalmente, debe tenerse también en cuenta que, tal como consta de los documentos que rolan a fs 188 y 189 del cuaderno de documentos que contiene los antecedentes remitido a este Tribunal por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina, existen indicios de contactos e intercambios de información entre las empresas oferentes en estos mercados, orientados a aprovechar, con algún grado de coordinación, las ventajas que el referido contexto de opacidad les proporcionaba. Esta modalidad de coordinación, por lo demás, presenta cierto arraigo en la industria, tal como se evidencia de la jurisprudencia europea de defensa de la competencia, que ha fallado en el pasado casos similares, sancionando conductas coordinadas de empresas relacionadas con las requeridas de autos. Así consta, por ejemplo, en la decisión COMP.37.600 de la Comisión Europea, de fecha 24 de julio de 2002 (que puede consultarse en: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_73.html#i36_700);

Septuagésimo: Que, ahora en lo que se refiere a los hechos acaecidos con motivo de la licitación de Cenabast (segundo grupo de conductas imputado por la Fiscalía), es necesario tener presente que, tal como se ha señalado en el considerando quincuagésimo séptimo precedente, los precios mínimos cobrados a los hospitales públicos en el período previo a la licitación de Cenabast eran, tal como se describirá a continuación, sustancialmente inferiores a los ofrecidos por las empresas en las primeras rondas de la licitación, y bastante próximos a los precios de referencia que contemplaba dicho proceso licitatorio. Lo anterior constituye, a juicio de este Tribunal, un primer indicio relevante para establecer si en esta licitación concurren o no los incentivos que, según la FNE, habrían llevado a los participantes a coordinar su comportamiento. Por esta razón, en los considerandos siguientes se analizará la manera en que se desarrolló la licitación, se contrastarán las imputaciones de la FNE con las explicaciones que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

han formulado en su defensa las requeridas para intentar demostrar la ausencia de tal coordinación para, de este modo, establecer si, en definitiva, es posible reprochar a éstas un comportamiento contrario a las normas del Decreto Ley N° 211;

Septuagésimo primero: Que, tal como consta en la parte expositiva de esta sentencia, la licitación convocada por Cenabast consistió en un remate a la baja o a la inversa (conocido como “remate inglés”), y su desarrollo fue el siguiente, según se acreditó en la descripción del proceso realizada por la Fiscalía Nacional Económica, no controvertida en autos y que, además, consta en la copia del Acta de Remate de Cenabast acompañada por la requirente a fojas 717 de autos:

1) En primer lugar y de acuerdo con las bases respectivas, las cuatro empresas requeridas presentaron sus ofertas económicas, para cada una de las zonas a licitar según las bases (Centro Extendida, Norte y Sur) en los siguientes términos:

Cuadro 8

Ofertas Económicas iniciales en la Licitación de Cenabast (\$/m³)

	AGA	INDURA	PRAXAIR	AIR LIQUIDE
Zona Centro Extendida	541	555	495	560
Zona Norte	599		615	568
Zona Sur	609	587	630	

Fuente: Acta de remate para la adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST), en requerimiento de FNE, fojas 11.

2) En segundo término, y luego de abiertas las ofertas económicas, se seleccionó a las tres empresas que ofrecieron los precios más bajos en cada zona, lo que se observa en el siguiente cuadro:

Cuadro 9

Ofertas Económicas de las tres empresas que ofrecieron los precios más bajos (\$/m³)

	AGA	INDURA	PRAXAIR	AIR LIQUIDE
Zona Centro Extendida	541	555	495	
Zona Norte	599		615	568
Zona Sur	609	587	630	

Fuente: Acta de remate para la adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST), en requerimiento de FNE, fojas 11.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3) A continuación, se realizó un remate a la baja entre los tres oferentes seleccionados para cada zona geográfica, comenzando por la Centro Extendida.

De acuerdo a las bases, Cenabast debía preguntar en primer término al licitante que ofreció el valor más alto si podía realizar una oferta al menos \$10 por debajo de la menor oferta seleccionada; y luego preguntar lo mismo al oferente con el segundo mayor valor, en caso de declinación del primero, o si ofrecía \$10 por debajo de la oferta anterior; y así sucesivamente.

De este modo, para la Zona Centro Extendida, Indura ofreció \$485/m³, esto es, \$10 por debajo del valor más bajo ofrecido por Praxair (\$495/m³); consultada AGA, declinó; consultada Praxair, ofreció \$475/m³; consultada nuevamente Indura, ofreció \$465/m³. Finalmente, Praxair declinó realizar una oferta más baja, quedando como mejor oferente Indura con \$465/m³.

4) Este mismo proceso se repitió para la Zona Norte, quedando como mejor oferente Air Liquide, con \$548/m³, y luego para la Zona Sur, quedando como mejor oferente Indura, con \$547/m³.

Cabe tener presente que Cenabast había registrado en una Notaría precios de referencia para cada una de las zonas, los que se consignan en el siguiente cuadro:

Cuadro 10

Diferencia entre precio de referencia y mejor precio ofertado en segunda ronda de licitación de Cenabast, por zona geográfica (\$/m³)

	Precio de referencia	Mejor Precio ofertado	Diferencia (%)
Zona Centro Extendida	301	465	54,5
Zona Norte	334	548	64,1
Zona Sur	334	547	63,8

Fuente: Acta de remate para la adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST), en requerimiento de FNE, fojas 12.

5) Seguidamente, se preguntó a las empresas si estaban en condiciones de igualar los precios de referencia, incorporándose en esta etapa a aquellas que habían declinado en el remate.

Para la Zona Centro Extendida, Indura, que fue consultada en primer lugar y que llegó con un valor de \$465, declinó igualar el precio de referencia de \$301.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Este hecho no puede dejar de destacarse, toda vez que, como se consignará más adelante, obra en autos un indicio inequívoco de que esta compañía tenía capacidad para suministrar rentablemente el producto a ese precio.

Por su parte, para dicha Zona Centro Extendida, Praxair, que había declinado en el remate a la baja mejorar la oferta de Indura por \$465, señaló que igualaba el precio de \$301.

Se procedió de la misma forma para las Zonas Sur y Norte

En la Zona Norte, Air Liquide, que fue consultada en primer lugar y que llegó con un valor de \$548, aceptó de inmediato igualar el precio de referencia de \$334.

En la Zona Sur, Indura, que fue consultada en primer lugar y que llegó con un valor de \$547, aceptó de inmediato igualar el precio de referencia de \$334.

6) Así las cosas, Cenabast adjudicó de la siguiente forma la licitación:

Cuadro 11

Resultados licitación Cenabast (\$/m³)

	Empresa Ganadora	Precio
Zona Centro Extendida	Praxair	301
Zona Norte	Air Liquide	334
Zona Sur	Indura	334

Fuente: Acta de remate para la adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST), en requerimiento de FNE, fojas 13.

Septuagésimo segundo: Que del análisis del proceso descrito en el considerando anterior, de las ofertas de precios realizadas por las requeridas en el mismo, y de la información de precios cobrados por las empresas, señalada en el considerando quincuagésimo séptimo, puede afirmarse que se encuentra acreditado en autos que, en general y con la sola excepción de Praxair, los precios cobrados por las empresas a hospitales públicos por oxígeno líquido antes de la licitación, no eran mayores, y en muchos casos eran menores, a los ofrecidos en las primeras dos rondas de la licitación. Ello, a pesar de que las requeridas, con el objeto de justificar las diferencias entre los precios prevalecientes antes y después de la licitación, han argumentado que las condiciones establecidas por la Cenabast reducían costos e incertidumbre para los oferentes, por contemplar una asignación de plazo fijo por cinco años, con mayores volúmenes de venta, con una reducción importante en la probabilidad de mora, y sin exigir la provisión de estanques, entre otros factores. Así lo señalan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Praxair a fojas 157 e Indura a fojas 266. Sólo el escrito de AGA de fojas 202 y el informe económico acompañado en esa misma presentación plantean que los términos de la licitación incluían “riesgos que era muy difícil cuantificar” (fs. 198). Sin embargo, AGA no se hace cargo de las ventajas en costos y riesgo que planteaba la licitación. Es importante hacer notar que el mismo informe, a fojas 197, indica que el hecho de no tener que proveer de algunos servicios anexos (estanques, obras civiles, centrales de respaldo y personal), le habría ahorrado a la empresa adjudicataria casi \$80 por metro cúbico;

Septuagésimo tercero: Que en relación al precio de referencia, este Tribunal considera que era esperable que fuera sustancialmente menor al que ya regía. De otra manera, Cenabast no habría gastado recursos en esta tan cuidadosamente preparada licitación. De hecho, y tal como lo menciona Praxair a fojas 1946, y sin haber sido contradicha por ninguna parte en autos, Cenabast reveló en una ronda de preguntas y respuestas llevada a cabo en el curso de una reunión sostenida el día 31 de agosto de 2004, que el precio de referencia iba a estar por debajo del menor precio cobrado a esa fecha a algún hospital público, precio que era de \$329/m³ de acuerdo a lo informado por Cenabast a fojas 623 y que era conocido por quienes participaron en la licitación;

Septuagésimo cuarto: Que cabe hacer presente en este punto que, en el particular caso de AGA, esta empresa ha alegado que no pujó con precios más bajos en las primeras etapas de la licitación de Cenabast en razón de que sus costos de producción le impedían bajar sus ofertas. Sin embargo, y como se halla acreditado en autos (en los documentos reservados acompañados por la FNE a fojas 717 y que están contenidos en los cuadernos formados según solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944), los precios que en algunos casos cobraba esta compañía a sus clientes se asemejaban a los de referencia de la licitación de Cenabast, razón por la cual se desechará la alegación mencionada. En efecto, para el año 2004 se observa que AGA cobró a ciertos hospitales públicos precios que sólo eran entre un 9% y un 13% más altos que el precio de referencia de la Zona Centro Extendida de la licitación, para ventas de escala mucho menor. La misma empresa reconoce, en sus documentos reservados, que el menor precio que cobraba a un hospital público nació de “un contrato vigente con AGA desde 1993, año en el cual se dieron condiciones ventajosas dadas las presiones competitivas”. Con esto, queda meridianamente claro a este Tribunal que, ante la presencia de presiones derivadas de la competencia, AGA podía cobrar precios significativamente menores a los que estuvo dispuesta a ofrecer en la licitación de Cenabast.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Considerando lo anterior, era esperable que AGA hubiese pujado de forma más agresiva en dicha licitación, cosa que no hizo;

Septuagésimo quinto: Que, así las cosas, no existe a juicio de este Tribunal justificación económica alguna para que no haya habido más competencia durante las primeras etapas de la licitación, y para que los precios ofrecidos por las requeridas desde su inicio no reflejaran las condiciones planteadas por la misma, las que implicaban menores costos y menores riesgos para los proveedores en comparación con la situación existente antes de la licitación de Cenabast;

Septuagésimo sexto: Que es pertinente dilucidar entonces las razones que motivaron el actuar de las empresas durante la licitación en análisis, para después evaluar estos comportamientos a la luz del derecho de la competencia. Con este fin, y tal como se verá, es fundamental para entender los incentivos que determinaron la dinámica observada en la licitación, caracterizar previamente las condiciones estructurales en que se fija el precio en los distintos segmentos de clientes en este mercado;

Septuagésimo séptimo: Que, a partir de la clasificación de clientes utilizada en el informe económico acompañado por Indura en la presentación de fojas 694, existen los llamados “clientes proceso”, que son grandes demandantes a quienes se les construye *in situ* una planta dedicada de producción de oxígeno líquido para fines industriales; y los otros clientes, que se podrían denominar clientes “no proceso”. La caracterización mencionada de estos grandes clientes también es recogida por otras partes en autos; así, por ejemplo, lo hace Praxair en su escrito de contestación de requerimiento a fojas 106 y siguiente;

Septuagésimo octavo: Que el mercado en el que participan los clientes “no proceso” es el que abarca tanto la provisión de oxígeno medicinal como oxígeno industrial para demandantes cuyo volumen de consumo no justifica una planta procesadora dedicada;

Septuagésimo noveno: Que, a su turno, debe tenerse presente que los “clientes proceso” demandan un volumen de oxígeno tal que justifican la instalación de una nueva planta procesadora, por lo que, típicamente, firman contratos de largo plazo (5, 10 y hasta 15 años, según antecedentes de autos). Todo ello consta en el informe de fojas 694. En razón de lo anterior, existen incentivos para que se dé una fuerte competencia *ex ante* para proveer a estos grandes clientes, siendo poco relevantes las barreras a la entrada en este segmento;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo: Que, por otra parte, cada uno de los clientes “no proceso”, por sí solo, no justificaría la instalación de una planta. Así, los precios que terminan pagando están determinados por su capacidad de negociación, el momento en que realizan sus compras, la capacidad ociosa de la planta más cercana, y las condiciones contractuales, entre otros factores;

Octogésimo primero: Que cabe hacer presente que, en la página 32 del informe económico que fue acompañado por Indura a fojas 694, se muestra la desviación estándar de los precios de oxígeno criogénico para tres grupos de clientes: Medicinal, Industrial y “Proceso”. Se aprecia que la desviación estándar de dichos precios, para los clientes industriales, duplica o triplica la de los precios para clientes medicinales. Así, es posible observar que la gran dispersión de precios denunciada por la FNE no sólo afecta a las ventas de oxígeno medicinal sino que también, y al parecer más fuertemente, a las ventas de oxígeno a clientes industriales que no incluyen los “clientes proceso”;

Octogésimo segundo: Que, en efecto, dadas la indivisibilidades en la inversión y las proporciones fijas en que se producen los distintos gases —condiciones ambas descritas en detalle en el informe económico de fojas 837—, es difícil determinar los costos marginales de cada producto. Si a ello se agrega que no hay competencia efectiva —dado que el productor que tiene un cliente proceso en la cercanía de un cliente pequeño tendrá ventajas en la provisión del producto a este último—, y puesto que a ese nivel de demanda no hay incentivos para la entrada de una planta adicional y los costos de transporte son importantes —según lo alegado las mismas requeridas—, no hay en este mercado un grado de rivalidad que tienda a igualar los precios a los costos marginales, sino que, más bien, lo que ocurre es que a cada cliente se le cobra el mayor precio que se pueda obtener en la negociación. En otras palabras, se da, como se afirma a fojas 851 en el informe económico reseñado, una “administración de ingresos” (*revenue management*);

Octogésimo tercero: Que, esta “administración de ingresos” o, más directamente, discriminación de precios sólo es posible en el contexto de un mercado opaco, tal como se ha descrito en los considerandos quincuagésimo quinto a quincuagésimo séptimo, y además ha sido reconocida por las partes tanto en el informe económico acompañado por Praxair a fs. 753, en su página 10, como en el informe económico acompañado por AGA a fojas 936, en su página 22. No ocurre lo mismo en otros mercados en los que la administración de ingresos no requiere tal opacidad porque los clientes tienen características que facilitan su diferenciación. Un ejemplo clásico es el mercado de los pasajes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aéreos. Es normal ver que los pasajes con condiciones más flexibles son más caros que los pasajes con mayores restricciones. Ello, en la gran mayoría de los casos, no se explica por razones de costos, sino que para capturar la disponibilidad a pagar de los distintos clientes. Este fenómeno se llama en la literatura económica “discriminación de segundo grado”, puesto que es el cliente el que se auto-selecciona al elegir el tipo de pasaje y, por tanto, el precio a pagar, dependiendo de cuánto le interesa cada una de las características del producto. Pero si las disponibilidades a pagar de los clientes no son significativamente distintas, o sus diferencias no se pueden capturar por diferentes características del producto, como en el ejemplo anterior, sólo queda la negociación caso a caso y ésta siempre va a ser más favorable para el vendedor si hay opacidad en cuanto a los precios que cobra al resto de sus clientes, como es el caso de autos;

Octogésimo cuarto: Que este Tribunal considera que la opacidad en el mercado en el que participan los clientes “no proceso” estaba fuertemente amenazada por la licitación de Cenabast. En el informe acompañado por Praxair, se argumenta que a Indura no le convenía transparentar sus costos porque mantenía “un monto significativo de contratos con hospitales públicos” (página 14). Si ocurría lo anterior, el resto de sus clientes “no proceso” presionarían por una reducción de los precios que estaban pagando. Este Tribunal considera que dicho argumento es incompleto, aunque constituye un indicio más de los incentivos que primaron en esta licitación; incentivo que es apto para establecer la existencia de una práctica concertada por las requeridas en orden a hacer fracasar la licitación de Cenabast;

Octogésimo quinto: Que, en efecto, este Tribunal estima que a todos los agentes del mercado que ya tenían una alta penetración en el segmento de los clientes “no proceso”, les era inconveniente que se transparentara el mismo. Sin embargo, el argumento contenido en el informe antes citado debe completarse en el sentido que, para cada empresa, era tan inconveniente que el proceso de sinceramiento de los costos se diera por una oferta propia como que se produjera por una oferta de un competidor. Es por ello que no es verosímil la explicación contenida en el informe económico acompañado por Praxair a fojas 753, en cuanto a que dentro de los costos considerados por cada empresa para formular su oferta en la licitación se debió incluir la rebaja de precios que se verían forzados a otorgar al resto de sus clientes y que, por eso, no pujaron más hacia la baja; y no parece verosímil por cuanto para cada empresa era igualmente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

perjudicial que la transparencia en el mercado se diera por su propia oferta en la licitación que por oferta de sus competidores;

Octogésimo sexto: Que, en síntesis, dado lo expuesto y habiéndose acreditado que el éxito de la licitación de Cenabast implicaba transparentar un mercado sumamente opaco, como en definitiva ocurrió, los incentivos reales de Indura, y también los de AGA y Air Liquide, eran que la licitación fallara. Para que fallara, era necesario que nadie aceptara el precio de referencia y, para lograr esto, se requería a su vez de algún tipo y grado de coordinación. El único actor con casi nula participación en el mercado opaco (el de los clientes “no proceso”) era Praxair, tal como lo acreditan los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717 y que están contenidos en los cuadernos formados según solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944. Por otra parte, si bien Praxair no tenía los mismos incentivos para provocar el fracaso de la licitación, dada su baja participación en el mercado, también tenía incentivos para ser parte de y apoyar el acuerdo colusivo, pues de esta forma eliminaba la competencia en la licitación, y así aumentaba la probabilidad de adjudicársela;

Octogésimo séptimo: Que lo antes expuesto es de la mayor relevancia, toda vez que las requeridas han argumentado en su favor que la tesis de colusión para el mercado del oxígeno medicinal para los hospitales públicos es débil, puesto que representa sólo un 9% del mercado total del oxígeno, medido en términos de ventas (estimado a partir de la información del informe de Cenabast acompañado a fojas 556). Por tanto, y siempre según las requeridas, nadie estaría dispuesto a asumir los costos de coordinación necesarios para cartelizar un segmento tan despreciable del mercado. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, dado que la opacidad beneficiaba las negociaciones de las empresas requeridas tanto en el mercado medicinal público, como en el medicinal privado, y en el mercado industrial “no proceso”, el porcentaje de ventas afectado por la mayor transparencia de una licitación exitosa era muy superior, llegando a ser siete veces la que estaba en juego en la licitación, como se desprende de los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717 y que están contenidos en los cuadernos formados según solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944. En consecuencia, si bien es cierto que la licitación abarcaba un pequeño porcentaje del mercado, una licitación exitosa amenazaba la política de precios para una parte importante del mercado del oxígeno, lo que constituye otro indicio apto para establecer la existencia de una práctica concertada entre las requeridas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo octavo: Que ha quedado así establecido que, para los oferentes con mayor penetración en el mercado de clientes “no proceso”, era conveniente que la licitación se declarara desierta. Asimismo, se ha demostrado que tales empresas no ofrecieron en la licitación precios ni siquiera comparables con los que cobraban antes de la misma (descontando los costos de los estanques y otros relacionados). En estas circunstancias, cabe preguntarse cómo podía cada licitante confiar en que ninguno de los otros iba a ofrecer menores precios, ni aceptar el precio de referencia, precio este último que era predecible que fuera sustancialmente menor al promedio vigente y cercano al más bajo que pagaba un hospital público (en este caso, \$329/m³ que se cobraba al Hospital de Talca, según consta en el documento aportado por Cenabast a fojas 623). Esta pregunta resulta particularmente importante si se tiene en cuenta que competía en la licitación Praxair, ya que a esta empresa no le afectaba mayormente que se transparentara el mercado, pues esta compañía cubría un porcentaje mínimo del mercado de clientes “no proceso” (entre 2% y 3%). La respuesta natural y obvia para esta pregunta es la colusión entre los oferentes con el objeto de hacer fracasar la licitación. De hecho, en el informe económico acompañado por Indura a fojas 694, se admite explícitamente que los hechos pueden explicarse por la colusión (página 70). Sin embargo, todas las requeridas presentaron teorías alternativas para intentar explicar la dinámica de esta licitación; explicaciones que, a juicio de estos sentenciadores, no han sido justificadas con evidencia ni indicios suficientes para desvirtuar la presencia de colusión;

Octogésimo noveno: Que, de haberse mantenido hasta el final del proceso licitatorio el acuerdo colusorio de las requeridas, orientado, como se ha establecido, a hacer fracasar la licitación de Cenabast, se habría producido la consecuencia de que ninguna oferta hubiese igualado el precio de referencia. Ello, a su vez, habría implicado que la Comisión de Adquisiciones de Cenabast habría estado habilitada para revisar la razonabilidad de la oferta más baja y resolver su aceptación, o, eventualmente, declarar desierto el proceso. Todo lo anterior, de acuerdo con el párrafo 10.6 de las bases administrativas y técnicas de la respectiva propuesta pública, copia de la cual esta contenida en el cuaderno de documentos de Praxair relativos al punto de prueba N° 1, tomo II. Si esto hubiese ocurrido, las requeridas habrían podido continuar cobrando los precios anteriores a la licitación a los establecimientos del sistema público y se habría mantenido la opacidad en los mercados vecinos, con los consiguientes precios sobrenormales;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo: Que, tal como se ha razonado en base a fundamentos de hecho, de derecho y económicos según dispone el artículo 26° inciso primero del Decreto Ley N° 211, existen en autos un importante cúmulo de indicios y antecedentes que, valorados por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, son aptos, en si mismos, para dar por establecido, de acuerdo con lo preceptuado en los incisos segundo y último del artículo 22°, y en el artículo 3° del Decreto Ley citado, que existió un comportamiento coordinado por parte de las requeridas en la licitación de Cenabast, pues era la única forma de intentar seriamente que ésta fallara;

Nonagésimo primero: Que, sin embargo, es preciso hacerse cargo además de lo señalado por las partes de Indura y Praxair tanto en estrados como en sus respectivos informes económicos, ya referidos, en el sentido que la primera habría sido “engañada” por la estrategia de la segunda, puesto que era dable pensar que Praxair no ganaría la licitación, lo que se justificaba —según el informe económico presentado por Indura a fojas 694— porque carecía de una plataforma para la distribución. En la página 71 de dicho informe, se afirma que “Indura entra a la licitación con lo que cree ser una fortaleza: su inversión ya incurrida en todo un sistema de distribución y respaldo que otros, y en particular Praxair, aún no han desarrollado”. Más adelante, el mismo informe señala que “Praxair le hace creer a Indura que su falta de plataforma desarrollada le impide continuar bajando precios a pesar de su posible interés por crecer en la zona”. Sin embargo, este informe admite que Praxair, desde su instalación en Chile, había sido un fuerte elemento competitivo, incidiendo, incluso, en el quiebre de la tendencia al alza de los precios, los que habrían descendido desde el año 2002 (páginas 49 y 50 informe económico acompañado por Indura a fojas 694). Así, a juicio de este Tribunal, no es posible aceptar que Indura pensara que Praxair iba a renunciar a abastecer a la zona de mayor volumen incluida en la licitación y, precisamente, a la zona en que ya se encontraba instalada (Panamericana Norte Km. 18 ½, Colina, según consta a fojas 106). A mayor abundamiento, la explicación alternativa recién presentada sólo se referiría al momento final de la licitación, en el que Indura decide no aceptar el precio de referencia, pero no da cuenta de la débil puja que presentaron todas las empresas para ganar el derecho a aceptar o rechazar tal precio. Adicionalmente, Praxair argumenta que su estrategia de “engaño” se habría visto fortalecida por el hecho de enviar a “ejecutivos de segundo nivel a la licitación” (minuta de alegatos de Praxair, fojas 1947), quienes no tenían poder de decisión. Este argumento se ve invalidado, a juicio de este Tribunal, atendido que el diseño y los tiempos contemplados en la licitación no daban espacios para evaluaciones, tal como ha sido reconocido por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

algunas requeridas en estrados. Por tanto, la única posibilidad que cabía a todas las empresas era la de haber decidido de antemano sus estrategias;

Nonagésimo segundo: Que, por su parte, se ha argumentado por AGA que la licitación estaba diseñada de tal modo que desincentivaba la colusión y que, por tanto, este ilícito no podría ocurrir (informe económico acompañado a fojas 202). Dado que las tres áreas a licitar eran de tamaño muy distinto, ante resultados tan dispares, AGA señala que era imposible un reparto de mercado que dejara satisfecho a todos los actores. Parece claro a este Tribunal, y consta en autos, que Cenabast diseñó cuidadosamente esta licitación, precisamente para romper los incentivos a la colusión. También ha quedado claro a este Tribunal que el verdadero perjuicio que ocasionaba para las requeridas una licitación exitosa no era quedarse con una fracción menor o nula de este pequeño mercado sino, como ya se ha argumentado, el constituido por el fin de la opacidad en el mercado más amplio de los clientes “no proceso”;

Nonagésimo tercero: Que tampoco es atendible para este Tribunal el argumento desarrollado en la página 23 del informe económico acompañado por AGA a fojas 936, en orden a que “la forma en que se realizó la licitación significaba que los precios ofertados en cada etapa no necesariamente revelaban los niveles mínimos de precios que cada empresa estaba dispuesta a ofrecer”; con el que AGA intentó desvirtuar cualquier conclusión que pudiese obtenerse de la diferencia de precios entre las etapas iniciales de la licitación y el precio de referencia, que fue el finalmente aceptado. Este Tribunal desechará este argumento, porque los precios de cada etapa efectivamente tenían relevancia, tanto para descartar a la empresa con precio más alto como para luego establecer el orden en que recibirían la opción de aceptar el precio de referencia;

Nonagésimo cuarto: Que, de todo lo hasta aquí expuesto, este Tribunal concluye que, en caso de que no hubiese habido colusión, habrían existido incentivos para ofrecer menores precios a los observados desde las primeras etapas de la licitación de Cenabast. También concluye que no hubiera sido óptimo para Praxair quedar segundo en la opción para aceptar el precio de referencia, a menos que existiese un acuerdo que le asegurara que Indura no iba a aceptar dicho precio. Por último, no se puede descartar un acuerdo por el mero argumento de que Praxair siempre supo que iba a aceptar el precio de referencia. Por el contrario, este Tribunal estima que el verdadero “engaño” de Praxair al resto de las requeridas no está en la falta de plataforma de Praxair ni en la representación de bajo perfil el día de la licitación, sino que en haber entrado al acuerdo para luego romperlo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo quinto: Que se debe tener especialmente en cuenta que, según está acreditado a fojas 717 y siguientes, la requerida Indura, una vez adjudicada la licitación de Cenabast a Praxair, ofreció suministrar oxígeno medicinal al Hospital de Rancagua a un precio inferior al resultante de la licitación, lo que es un indicio inequívoco respecto de su capacidad para suministrar rentablemente a ese precio;

Nonagésimo sexto: Que, en consecuencia y tal como se ha dicho, de acuerdo con lo señalado en el artículo 22° del Decreto Ley N° 211, existen en autos indicios o antecedentes que, en concepto de este Tribunal, son aptos para establecer que todas y cada una de las requeridas han incurrido en una práctica concertada con el objeto o efecto de hacer fracasar la licitación a que llamó la Cenabast para proveer a los hospitales públicos de oxígeno medicinal, afectándose así gravemente la competencia, tanto en ese mercado como en el del oxígeno medicinal privado y en el del industrial. Los referidos indicios o antecedentes, por lo demás, en la medida en que llevan naturalmente y mediante el razonamiento lógico propio de la sana crítica a formar convicción en este Tribunal —tal como ha ocurrido en este caso— constituyen plena prueba, al tenor del texto expreso del referido inciso segundo del artículo 22°, pues esta disposición señala el carácter autónomo de tales indicios como medio que lleve a dicha convicción, no debiendo necesariamente limitarse los medios de prueba que pueda valorar este Tribunal a aquellos que taxativamente enuncia el Código de Procedimiento Civil. Las conductas así establecidas constituyen una clara violación al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, por lo que este Tribunal multará prudencialmente a las requeridas considerando los términos de lo dispuesto en el artículo 26°, incisos primero y final, del referido Decreto Ley N° 211;

Nonagésimo séptimo: Que este Tribunal estima, además, que la colusión de las requeridas así establecida tendió a producir un efecto perjudicial para la eficiencia económica en el mercado, que merece un juicio de reproche adicional, cual es el de impedir o entorpecer la posibilidad de que, producto de la licitación de Cenabast, se hubiese alcanzado un precio inferior al de referencia para la provisión de oxígeno líquido a los establecimientos hospitalarios del sistema público de salud. Lo anterior, puesto que, de haber existido competencia plena y efectiva en el proceso licitatorio en cuestión, se podría haber alcanzado una oferta menor a dicho precio de referencia en la segunda ronda, producto del remate a la baja efectuado;

Nonagésimo octavo: Que, en lo que atañe al ejercicio de las facultades de este Tribunal para la determinación del monto de las multas, se considerará la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

gravedad de la conducta acreditada, los efectos perseguidos con la misma — elementos que han sido expuestos en el considerando precedente—, y el nivel de ventas de las requeridas. Por su parte, para determinar las diferencias y la proporcionalidad de las multas asignadas a las distintas requeridas, el principal elemento de juicio que se considerará será la participación de las mismas en el mercado de los clientes denominados “no proceso”, cuya opacidad se trató de sostener a través de esta infracción;

y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, inciso primero y letra a), 18º, número 1.-, 19º, 22º, 26º, del Decreto Ley N° 211, y demás preceptos legales citados;

SE RESUELVE:

I. EN CUANTO A LAS TACHAS:

Desechar la tacha opuesta a fojas 649 respecto del testigo señor Ernst Nicolai Erazo, y acoger la inhabilidad opuesta a fojas 693 bis 2 respecto del testigo señor Francisco Javier Peralta Cortés, por la causa del número 4º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil;

II. EN CUANTO A LAS OBJECIONES DE DOCUMENTOS:

Rechazar las objeciones de documentos formuladas a fojas 548, 997, 1.198 y 2.082 por AGA S.A., a fojas 1.059 y 1.183 por Praxair Chile Limitada, a fojas 1.063 por Indura S.A., y a fojas 1.200 y 2.045 por Air Liquide Chile S.A.; sin perjuicio de su ponderación como indicios, según lo establecido en el artículo 22º del Decreto Ley N° 211, en lo que atinge a su apreciación por estos sentenciadores conforme a su mérito, según las reglas de la sana crítica;

III. EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Acoger la excepción de prescripción opuesta por todas las requeridas, Praxair Chile Limitada, AGA S.A., Indura S.A., y Air Liquide Chile S.A., a fojas 175, 220, 227 y 327, respectivamente, en los términos enunciados en los considerandos trigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo cuarto y trigésimo sexto de esta sentencia;

IV. EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 32º, PLANTEADA POR AGA S.A.:

Rechazar la excepción opuesta por AGA S.A. a fojas 673, referida a la ausencia o exclusión de responsabilidad de la requerida en los hechos imputados;

V. EN CUANTO AL FONDO:

1) Acoger el requerimiento de fojas 1 del señor Fiscal Nacional Económico, sólo en cuanto se declara que las requeridas han incurrido en una práctica concertada, con el objeto de hacer fracasar la licitación a que llamó la Central Nacional de Abastecimiento del Ministerio de Salud en el año 2004 para proveer a los hospitales públicos de oxígeno medicinal; rechazándose, en consecuencia, en todo lo demás solicitado;

2) Condenar a las requeridas a las siguientes multas a beneficio fiscal: a Indura S.A. 1.300 (mil trescientas) Unidades Tributarias Anuales; a AGA S.A. 1.100 (mil cien) Unidades Tributarias Anuales; a Air Liquide Chile S.A. 600 (seiscientas) Unidades Tributarias Anuales; y a Praxair Chile Limitada 200 (doscientas) Unidades Tributarias Anuales; por los motivos expuestos en los considerandos nonagésimo sexto, nonagésimo séptimo y nonagésimo octavo; y,

3) No condenar en costas a las requeridas, por no haber sido totalmente vencidas.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Menchaca, quien estuvo por rechazar el requerimiento de autos en todas sus partes por las siguientes consideraciones:

Primero: Que, si bien comparte lo resuelto en la sentencia en lo que dice relación con las conductas efectuadas con anterioridad a la licitación de la Central Nacional de Abastecimiento del Ministerio de Salud, Cenabast, objeto del requerimiento y que resuelve no sancionar a las requeridas por las mismas, a juicio de este disidente no se encuentra acreditado en forma legal el hecho que las requeridas hayan actuado coludidas en la licitación, a la que llamó la Cenabast, en el año 2004, como concluye el voto de mayoría, por las consideraciones que se indican a continuación;

Segundo: Que, aunque existen antecedentes claros que el mercado, antes de la referida licitación, era poco transparente, como se demuestra en los considerandos quincuagésimo quinto a quincuagésimo séptimo del fallo, y existe un único indicio de que en el pasado, en Argentina, empresas relacionadas con las requeridas Indura y Praxair, habrían tenido contactos a fin de concertarse, no existen antecedentes probatorios en autos que permitan establecer, ni aun como una presunción judicial, que las requeridas actuaron concertadamente en la referida licitación de Cenabast;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tercero: Que, en efecto, aun cuando efectivamente es difícil probar la existencia de colusión, ello no implica que ésta no deba acreditarse a lo menos a través de indicios o presunciones, que son hechos que se deducen de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos y de tal modo se entienden probados. Tampoco el hecho que, según lo dispuesto en el artículo 22 del D.L. 211, los medios de prueba no estén limitados por ley y que la prueba deba apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, implica que se pueda fallar sin una base en antecedentes probatorios, apreciados de tal modo;

Cuarto: Que, como se ha dicho, en autos no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente. Por el contrario, un hecho cierto, no controvertido y totalmente probado, habida cuenta de los resultados de la licitación en cuestión, es que en definitiva las requeridas no actuaron concertadamente en la misma. Si ello ocurrió porque estaban coludidas y Praxair rompió el acuerdo colusorio o simplemente porque no lo estaban, y actuaron como lo hicieron buscando en forma independiente su propia conveniencia, es algo que a juicio de este sentenciador, no consta en autos;

Quinto: Que la decisión de mayoría llegó a la conclusión de que las requeridas habrían estado coludidas fundamentalmente por vía conjetural, a partir del único hecho de que en las primeras etapas de la licitación todas las requeridas ofrecieron precios muy superiores al precio de referencia al que finalmente se adjudicaron los contratos y del análisis de las diversas hipótesis que explicarían tal comportamiento de las requeridas, llegando a la conclusión que es más plausible la hipótesis de colusión que otras explicaciones alternativas que se dieron en los diversos informes económicos agregados en autos y ratificados por sus autores como testigos. Así, los economistas Rodrigo Vergara (cuyo informe fue acompañado por AGA a fojas 202), Jorge Quiroz (cuyo informe fue acompañado por Indura a fojas 694), Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza (cuyo informe fue acompañado por Praxair a fojas 753), Ricardo Paredes (cuyo informe fue acompañado por Air Liquide a fojas 935) y Patricio Rojas (cuyo informe fue acompañado por AGA fojas 936), plantearon diversas razones por las cuales podría explicarse el comportamiento de las requeridas, distintas a la hipótesis colusoria, y varios de ellos descartaron dicha hipótesis por diversas consideraciones económicas. Incluso el único informe económico presentado por la requirente, del economista de la FNE Francisco Peralta, (cuyo informe fue acompañado a fojas 717), cuando analiza el proceso de licitación de la Cenabast, concluye que las condiciones de la licitación buscaban precisamente minimizar la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posibilidad de una eventual colusión. Ante ello, la sentencia en el fondo no hace sino estimar como más creíble o probable la referida hipótesis de colusión, y declarar que no se encuentran suficientemente probadas las hipótesis alternativas planteadas por las requeridas o simplemente las descarta, al estimarlas poco verosímiles, por diversos argumentos;

Sexto: Que, pretender que las requeridas deban probar las hipótesis alternativas a la colusión en lugar de exigir prueba de la colusión por parte de quien la alega, la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, implica alterar las reglas legales sobre el *onus probandi*, obligando a los acusados de una infracción a probar su inocencia, en lugar de exigir al que acusa que pruebe la culpabilidad, en circunstancias que son la buena fe y la inocencia lo que debe presumirse. Si bien lo anterior bastaría para rechazar el requerimiento, analizaré a continuación si existen antecedentes en autos que permitan estimar como posible, o incluso probable, que las requeridas hayan actuado de manera no concertada;

Séptimo: Que, al respecto debemos recordar que la ciencia económica enseña que, en los mercados oligopólicos, los agentes económicos siempre consideran, al tomar sus decisiones económicas, la que creen será la conducta de sus competidores. En efecto, se han desarrollado amplios campos de investigación en dicha ciencia social que tienen por preciso objeto intentar descubrir, con la mayor certeza posible, cual será el comportamiento de los competidores en un determinado contexto de mercado. Así, la denominada teoría de juegos pretende demostrar precisamente que un agente económico elige su mejor estrategia a partir de las estrategias que han elegido o estima que van a elegir sus competidores;

Octavo: Que, así las cosas, parece bastante claro en el caso de autos que la estrategia que a todos convenía consistía en lograr que la licitación fallara, como concluye acertadamente la sentencia de mayoría, luego de un completo análisis. El problema es que esa conclusión, o incluso más, estimar que les convenía coludirse -como suele ocurrir en mercados oligopólicos-, a juicio de este sentenciador no puede llevar a concluir, sólo por eso, que efectivamente lo hayan hecho. Ello, aparte de infringir los principios y normas jurídicas sobre presunción de buena fe, *onus probandi* y exigencia de prueba, implica desconocer que los agentes económicos podrían haber actuado como lo hicieron, en las primeras etapas de la licitación, simplemente porque en su análisis estratégico hayan estimado que todos actuarían de la manera que más les convenía, sin necesidad de haberse coludido para ello;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Noveno: Que, además, existen indicios en autos de que así habría ocurrido que, aunque no permiten afirmar de manera concluyente que no se coludieron, sí permitirían desvirtuar la muy escasa prueba de que lo habrían hecho. En efecto, aparte del hecho evidente de que, en definitiva, los resultados de la licitación no fueron consecuencia de un acuerdo, consta en autos que, por una parte, Cenabast contrató asesoría experta de la consultora Diseño y Gestión para efectuar una licitación que tuviera precisamente por objeto romper cualquier acuerdo oligopólico que pudiera existir entre las requeridas, lo que no ha sido controvertido y se encuentra acreditado con el informe de dicha consultora que rola a fojas 567 y siguientes y con los informes económicos antes referidos. En base a la asesoría indicada, Cenabast diseñó la licitación con ese preciso objeto, en forma claramente exitosa, pues, incluso en el caso de haber existido acuerdo, es un hecho que no se produjeron efectos lesivos a la libre competencia. Lo anterior no podía sino estar en conocimiento de las requeridas, que debían saber el riesgo que corrían si confiaban en acuerdos de tipo oligopólico en tales circunstancias, lo que debió implicar un desincentivo real a tales prácticas restrictivas. Por último, existen dos declaraciones de testigos hábiles y que dieron razón de sus dichos y un acta notarial, documento no objetado, prueba toda ella no contradicha en modo alguno, que acreditan el hecho que, antes de la licitación, a lo menos Praxair y AGA contrataron profesionales expertos, elaboraron documentos y celebraron reuniones para establecer la estrategia que adoptarían para poder ganar la licitación, lo que se contradice con la hipótesis de colusión;

Décimo: Que, en efecto, rola a fojas 974 y siguientes la declaración de don Pedro Deutsch Spiegel, abogado consultor del estudio de abogados Cariola y Compañía, quien declaró que, el día anterior a la licitación de Cenabast, tuvo una reunión con el gerente general y el gerente técnico de Praxair, y expuso que en ella, *“la compañía había preparado un power point detallando los supuestos en que pensaban que podía actuar la competencia y su estrategia frente a esos supuesto (sic), además, no recuerdo la suma exacta, se indicaba el precio mínimo al cual estaba dispuesta a llegar la compañía”* (fojas 975). Señala luego que *“Lo que recuerdo que la decisión fue en definitiva hacer una oferta final una vez conocido el precio de referencia, evitando hacer una puja en primera ronda”*;

Undécimo: Que, por su parte, según consta a fojas 1.038 y siguientes, el testigo don Udo Rüdinger Lein, experto alemán en adquisiciones y por ende en la forma como deben enfrentarse las diversas clases de remates y licitaciones, declaró que, luego de asesorar a AGA desde Alemania, el día 8 de septiembre de 2004

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vijó especialmente a Chile, llegando un día antes del inicio de la licitación de Cenabast, a fin de aconsejar a dicha empresa acerca de la estrategia a seguir en la misma, habiéndose planteado las diversas hipótesis de resultados en la primera etapa de la licitación y estableciendo una estrategia para cada una de ellas;

Duodécimo: Que, por último, en la presentación de fojas 753, rola un acta notarial en que se certifica haber revisado los correos electrónicos recibidos en el computador de don Federico Torino, empleado de Praxair y haber comprobado que esta persona, el día 14 de julio de 2004, bastante antes de la licitación, recibió un correo electrónico de don Manuel Díaz, que el notario imprimió con su documento adjunto, lo que forma parte integrante de la referida acta. Que el referido documento adjunto al correo es una presentación en *PowerPoint* de los antecedentes de la licitación de Cenabast y la estrategia, basada en la teoría de juegos, que Praxair pretendía implementar para enfrentar dicha licitación;

Décimo tercero: Que, si bien ninguno de los antecedentes antes reseñados prueba que no haya existido colusión, hecho negativo que no puede probarse ni corresponde a las requeridas hacerlo, éstos fortalecen la convicción a que este sentenciador ha llegado, pues no parece muy probable que las empresas requeridas, si hubieran estado coludidas para hacer fracasar la licitación, como sostiene la sentencia de mayoría, al mismo tiempo hayan diseñado toda una estrategia para adjudicarse la misma;

Décimo cuarto: Que, a mayor abundamiento, se debe recordar que el artículo tercero del D.L. 211 establece expresamente que: *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder de mercado que dichos acuerdos o prácticas les confieran”*. Lo anterior significa que, para sancionar prácticas concertadas como aquellas a que se refiere el requerimiento de autos, nuestra ley exige expresamente la concurrencia no sólo de un acuerdo, sino también un objeto anticompetitivo del mismo y asimismo que quien se colude tenga poder de mercado o lo adquiera con el acuerdo y que abuse del mismo. Este último requisito, el abuso, tampoco se ha acreditado en el caso de autos. Para llegar a esta conclusión, este disidente tomó en consideración que, no estando probada la colusión, menos lo está el abuso que podría derivar de ella y, especialmente, el hecho que, incluso de haber existido concertación entre las requeridas, ésta, no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

habría producido efecto alguno contrario a la libre competencia pues, como ya se ha dicho, la licitación en definitiva tuvo absoluto éxito; la adjudicación de la misma se efectuó a empresas que, al menos en ese momento, no estaban coludidas, y se efectuó al precio de referencia establecido por Cenabast y no a un precio surgido como consecuencia de un acuerdo.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 74-05.

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. José Tomás Morel Lara. Autoriza Javier Velozo Alcaide, Secretario Abogado subrogante.